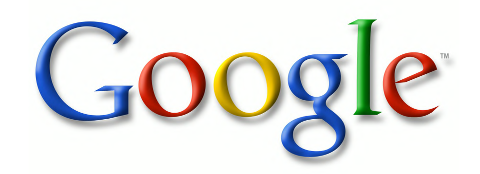


This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`



Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.
+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.
+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.
+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

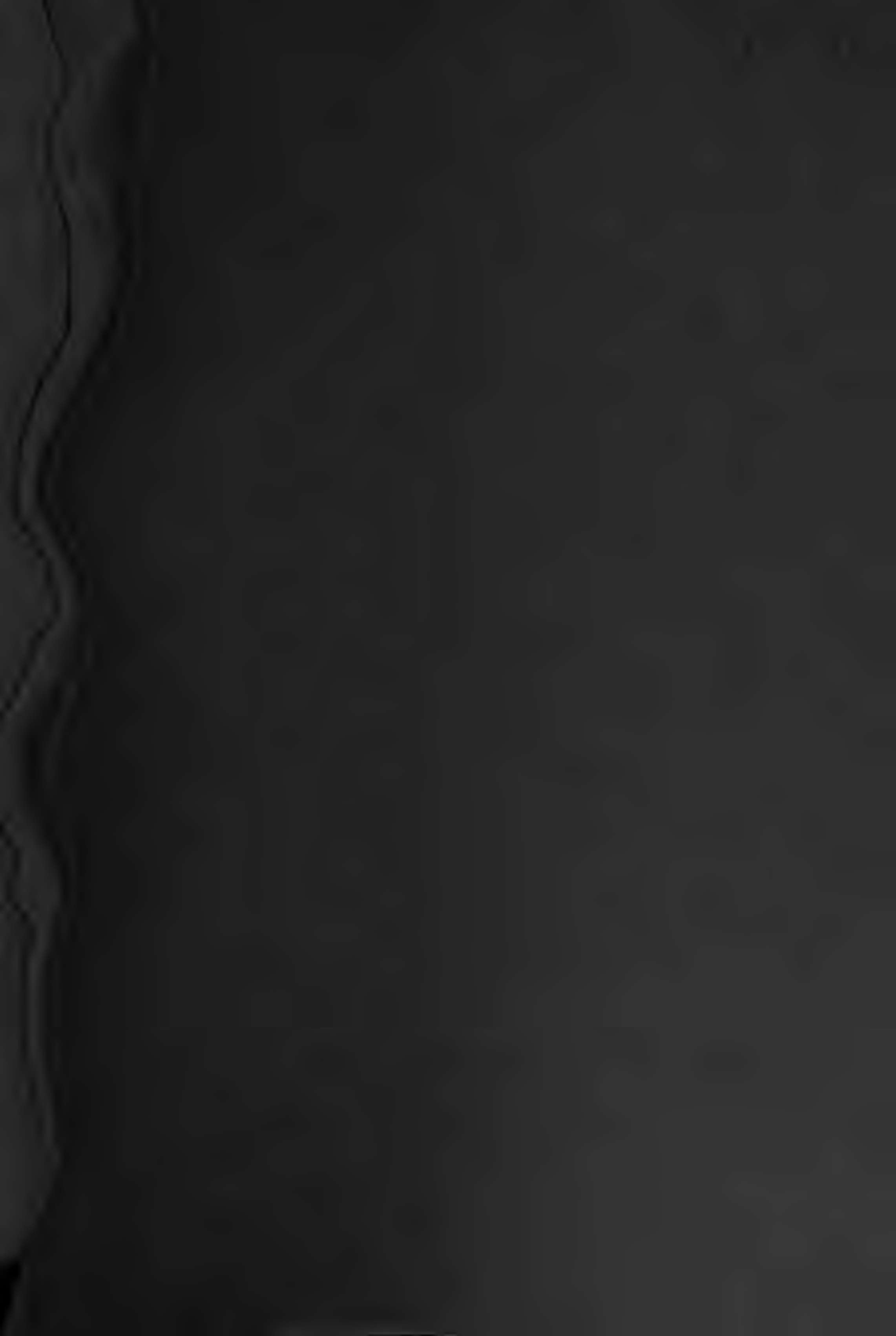
Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

3 2044 103 204 004



HARVARD LAW LIBRARY

Received MAY 11, 1925





Das

Bürgerliche Gesetzbuch

systematisch dargestellt

von

E. Goldmann und **L. Lilienthal,**

Rechtsanwälten in Berlin.

Erster Band.

Allgemeiner Theil und Recht der Schuldverhältnisse.

Zweite (nach dem System des BGB. bearbeitete) **Auflage.**



Berlin, 1903.

Verlag von Franz Vahlen.

W., Mohrenstraße 13/14.



Gebunden in Halbfranz 21 M.

Einzelne Bände werden nicht abgegeben.

Verlag von Franz Vahlen in Berlin W. 8.

Handausgabe

des

Bürgerlichen Gesetzbuchs

für das Deutsche Reich

unter Berücksichtigung der sonstigen Reichsgesetze und der Gesetzgebungen **aller** Bundesstaaten insbesondere Preußens für Studium und Praxis

bearbeitet von

Dr. Hugo Neumann,

Rechtsanwalt am Königl. Kammergericht zu Berlin.

1903. Dritte vermehrte und verbesserte Auflage.

Drei Bände. 136½ Druckbogen gr. 8°.

Preis: Geheftet 26 M., gebunden in Halbfranz 31 M.

Der dieser Handausgabe seit ihrem ersten Erscheinen von der Kritik in reichem Maße gespendete Beifall hat sich fortdauernd gesteigert und, wie der wiederholte Bedarf an neuen starken Auflagen beweist, einen ungetheilten Wiederhall in weiten Kreisen des juristischen Publikums gefunden. Von und vor Gerichten aller Instanzen und aller Bundesstaaten — insbesondere des Reichsgerichts, des Reichsmilitärgerichts, des Preußischen Oberverwaltungsgerichts, des Kammergerichts, des Bayrischen Obersten Landesgerichts — zitirt und von hervorragenden Rechtslehrern und Schriftstellern berücksichtigt und gewürdigt, hat sich die Handausgabe **eine angesehene Stellung in Rechtsanwendung und Rechtswissenschaft erworben.**

Wie von maßgebenden Seiten anerkannt wird, hat sich die Handausgabe bei Gerichten, Konsulaten und Verwaltungsbehörden sowie in der anwaltlichen Praxis als ein zuverlässiges und ungern zu missendes Hülfsmittel bewährt, das in vielen Fällen einen großen kostspieligen Kommentar ersetzt. Die dem Werke mit Recht nachgerühmten Eigenschaften: Zuverlässigkeit, Uebersichtlichkeit, Klarheit und Präzision des Ausdrucks, unerhebliche Punkte ausschließende Vollständigkeit machen die Handausgabe zu einem stets auf das Ganze gerichteten **erstklassigen Hülfsmittel** für die Praxis sowie für das selbständige oder durch einen Lehrer geleitete Studium des Bürgerlichen Rechtes, wie von Prüfenden und mit Erfolg Geprüften bezeugt wird.

Ihre bewährten Eigenschaften hat die Handausgabe auch in der neuen — dritten — Auflage beibehalten und weiter entwickelt. Den Bedürfnissen der Praxis entsprechend sind größere und kleinere Umarbeitungen und Ergänzungen erfolgt.

— — **„eine richtige Handausgabe, und wir können uns kaum denken, daß eine solche fleißiger und geschickter hergestellt werden kann."**

Staub (Deutsche Juristen-Zeitung).

— — **„Die Neumann'sche Handausgabe des BGB. darf unbedenklich als die beste bezeichnet werden."** (Badische Rechtspraxis.)

Das

Bürgerliche Gesetzbuch

systematisch dargestellt

von

E. Goldmann und L. Lilienthal,

Rechtsanwälten in Berlin.

Erster Band.

Allgemeiner Theil und Recht der Schuldverhältnisse.

Zweite (nach dem System des BGB. bearbeitete) Auflage.



Berlin, 1903.

Verlag von Franz Vahlen.

W., Mohrenstraße 13/14.

MAY 11 1925

Druck von Albert Koenig in Guben.

Vorwort zur ersten Bearbeitung.

Die Verfasser haben sich die Aufgabe gestellt, eine Darstellung des bürgerlichen Gesetzbuchs zu geben, welche an erster Stelle den Juristen im Gebiete des Allgemeinen Landrechts die Einführung in das neue Recht und dessen praktische Anwendung erleichtern soll. Zu diesem Zwecke haben sie sich bemüht, das neue bürgerliche Recht in einer den Bedürfnissen der Praxis entsprechenden Weise systematisch darzustellen und dabei dessen Verhältniß zu dem bestehenden preußischen Rechte besonders hervorzuheben. Es könnte auf den ersten Blick befremden, daß der Darstellung des BGB. das System des ALR. zu Grunde gelegt ist; aber trotz aller Bedenken, die dem entgegenstehen und die den Verfassern nicht entgangen sind, haben sie geglaubt, daß der angegebene Zweck dann am ehesten erreicht werden kann, wenn es den an das ALR. gewöhnten Juristen ermöglicht wird, von dem auszugehen, was ihnen am besten bekannt ist. Auch bietet die Zugrundelegung des landrechtlichen Systems die Gelegenheit zu der für die Anwendung der neuen Rechtssätze lehrreichen und praktisch wichtigen Erörterung, wie die zahlreichen im ALR. kasuistisch geregelten, im BGB. aber nicht behandelten Fälle sich nach den Vorschriften des neuen Rechtes gestalten.

Vorwort zur zweiten, nach dem System des BGB. bearbeiteten Auflage.

In der Ueberzeugung, daß es nach dem Inkrafttreten des BGB. von Wichtigkeit ist, einer wissenschaftlichen Darstellung des BGB. auch seine Systematik zu Grunde zu legen, welche für das Verständniß des Gesetzes von nicht zu unterschätzender Bedeutung ist, haben wir uns entschlossen, mit der Vollendung des ersten Theiles des Werkes die bisher beobachtete Anordnung aufzugeben und an deren Stelle das System des Gesetzbuchs selbst zu setzen. Wir geben uns der Hoffnung hin, daß die durch Zugrundelegung des landrechtlichen Systems verursachte nicht geringe Arbeit keine verlorene sein, daß sie vielmehr dem Werke auch in seiner neuen Form zu Statten kommen wird.

Das Paragraphen=Register hat Herr Rechtsanwalt S. Grünbaum in Berlin angefertigt. Ihm und Herrn Justizrath Reinberger in Berlin, der uns bei den Korrekturen wesentliche Dienste geleistet hat, sprechen wir auch an dieser Stelle unseren Dank aus.

Berlin, im Oktober 1903.

E. Goldmann. **L. Lilienthal.**

Inhaltsverzeichniß.

Erstes Buch.

Allgemeiner Theil.

Fünfter Titel.

Vertretung.

Sechster Titel.

Einwilligung. Genehmigung.

Siebenter Titel.

Achter Titel.

Verjährung.

Neunter Titel.

Ausübung der Rechte. Selbstvertheidigung. Selbsthülfe.

Zehnter Titel.

Zweites Buch.

Recht der Schuldverhältnisse.

Erster Titel.

Der Inhalt der Schuldverhältnisse.

Zweiter Titel.

Der Verzug des Gläubigers.

Dritter Titel.

Schuldverhältnisse aus Verträgen.

Vierter Titel.

Draufgabe. Vertragsstrafe.

Fünfter Titel.

Sechster Titel.

Das Erlöschen der Schuldverhältnisse.

Siebenter Titel.

Uebertragung der Forderung.

Achter Titel.

Die Schuldübernahme.

Neunter Titel.

Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern.

Einzelne Schuldverhältnisse.

Zehnter Titel.

Kauf.

Elfter Titel.

Seite

Zwölfter Titel.

Dreizehnter Titel.

Schenkung.

Vierzehnter Titel.

Miethe.

Fünfzehnter Titel.

Pacht.

Sechzehnter Titel.

Siebzehnter Titel.

Darlehen.

Achtzehnter Titel.

Dienstvertrag.

Neunzehnter Titel.

Werkvertrag.

Zwanzigster Titel.

Einundzwanzigster Titel.

Zweiundzwanzigster Titel.

Auftrag.

Dreiundzwanzigster Titel.

Geschäftsführung ohne Auftrag.

Vierundzwanzigster Titel.

Fünfundzwanzigster Titel.

Sechsundzwanzigster Titel.

Die Gesellschaft.

Siebenundzwanzigster Titel.

Gemeinschaft.

Achtundzwanzigster Titel.

Neunundzwanzigster Titel.

Spiel, Wette.

Dreißigster Titel.

Bürgschaft.

Einunddreißigster Titel.

Zweiunddreißigster Titel.

Dreiunddreißigster Titel.

Anweisung.

Vierunddreißigster Titel.

Schuldverschreibung auf den Inhaber.

Fünfunddreißigster Titel.

Vorlegung von Sachen.

Sechsunddreißigster Titel.

Ungerechtfertigte Bereicherung.

Siebenunddreißigster Titel.

Unerlaubte Handlungen.

Verzeichniß der Abkürzungen.

§ ohne weiteren Zusatz bezeichnet § des BGB.,
Art. ohne weiteren Zusatz Artikel des EG. z. BGB. (Einführungsgesetz z. BGB.).
AG. = Ausführungsgesetz; ohne weiteren Zusatz = Ausführungsgesetz zum BGB.
AGO. = Die allgemeine Gerichtsordnung für die preußischen Staaten.
ALR. = Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten.
Bendix = Das Deutsche Privatrecht auf Grund des Deutschen BGB., systematisch dargestellt von B. Bendix. Breslau 1899.
Bernstein = Allgemeine Deutsche und allgemeine Oesterreichische Wechselordnung, erläutert von Dr. Wilhelm Bernstein (Breslau 1898).
Bl. f. R. = Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts. Herausgegeben von Dr. Perl und Ludwig Wreschner.
Bolze = Die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen von A. Bolze.
Cosack = Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts von Konrad Cosack. Bd. I—II. Jena 1898—1900.
CPO. = Civilprozeßordnung.
Crome = System des deutschen Bürgerlichen Rechts von Dr. Carl Crome. Bd. I. Tübingen 1900, Bd. II 1902.
D. = Denkschrift zum E eines BGB. (Berlin 1896, Franz Vahlen).
Dernburg = Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches u. Preußens von Dr. Heinrich Dernburg. Bd. I—IV. Halle 1898—1903.
Dernburg PP. = Lehrbuch des Preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs von Dr. Heinrich Dernburg. 5te Auflage, Halle 1894—1897.
DJZ. = Deutsche Juristen-Zeitung, herausgegeben von Laband, Stenglein und Staub.
E. = Entwurf.
E. I = Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich, erste Lesung (1888).
E. II = Entwurf desselben, zweite Lesung.
E. III = Entwurf in der Fassung der Bundesrathsvorlage (Berlin 1898, J. Guttentag).
E. IV = Entwurf in der Fassung der Reichstagsvorlage (Berlin 1896, Franz Vahlen).
Eccius = Preußisches Privatrecht. Auf der Grundlage des Werkes von Dr. Franz Förster bearbeitet von Dr. M. E. Eccius, 6. Auflage.
Eck = Vorträge über das BGB. von Dr. Ernst Eck. Berlin 1898 ff.
EG. = Einführungsgesetz; ohne Zusatz = Einführungsgesetz zum BGB.
Endemann = Einführung in das Studium des BGB. von Dr. F. Endemann. Bd. I achte Auflage, Bd. II—III dritte bis siebente Aufl. Berlin 1898—1900.
Fischer-Henle = BGB. vom 18. 8. 1896. Handausgabe mit Anmerkungen in Verbindung mit Eugen Ebert und Heinrich Schneider herausgegeben von Dr. Otto Fischer und Wilhelm Henle.
Fuchs = Grundbuchrecht. Kommentar zu den grundbuchrechtlichen Normen des BGB. und der GBO. Von Dr. Eugen Fuchs. Berlin 1899 ff.
GBO. = Grundbuchordnung vom 24. 3. 1897 nach der Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 30. 5. 1898.
Gareis = Der Allgemeine Theil des BGB. Erläutert von Karl Gareis. Berlin 1900.
GewO. = Gewerbeordnung.
S. Goldmann = Das HGB. vom 10. 5. 1897, erläutert von Samuel Goldmann. Berlin 1900 ff.
GVG. = Gerichtsverfassungsgesetz.
Habicht = Die Einwirkung des BGB. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse von Dr. Hermann Habicht. 2te Aufl. Jena 1900.
Hachenburg = Das BGB. für das Deutsche Reich von Dr. Max Hachenburg. Vorträge. 2. Aufl. Mannheim 1900.
HGB. Art. = Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch.
HGB. § = Das neue Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897.
HO. = Hinterlegungsordnung.
Hölder = Kommentar zum Allgemeinen Theil des BGB. von Eduard Hölder. München 1900.
Jaeger = Die Konkursordnung auf der Grundlage des neuen Reichsrechts, erläutert von Dr. Ernst Jäger (Berlin 1902).
JMBl. = Justizministerialblatt.
Johow-Ring = Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts, herausgegeben von Reinhold Johow und Viktor Ring.
JW. = Juristische Wochenschrift. Organ des deutschen Anwaltvereins, herausgegeben von Dr. Hugo Neumann.

KB. = Bericht der Reichstags-Kommission über den E. eines BGB. und EG. (Berlin 1896, Carl Heymanns Verlag).
KG. = Entscheidung des Kammergerichts.
KO. = Konkursordnung vom 10. 2. 1877 in der Fassung des Gesetzes vom 17. 5. 1898 nach der Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 20. 5. 18‥8.
Koch = Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, herausgegeben mit Kommentar in Anmerkungen von Dr. C. F. Koch.
Kuhlenbeck = Das BGB. für das Deutsche Reich. Im Auftrage des Vorstandes des Deutschen Anwaltvereins erläutert von Dr. Ludwig Kuhlenbeck. Berlin 1899—1900.
Leonhard = Der allgemeine Theil des BGB. von Dr. R. Leonhard. Berlin 1900.
Leske = Vergleichende Darstellung des BGB. und des Preuß. ALR. von Dr. Franz Leske. Bd. I—II, Berlin 1900—1903.
M. = Motive zu dem Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich. Bd. I—V. Berlin 1888.
Makower = Handelsgesetzbuch mit Kommentar von H. Makower. 12te Aufl. Bearbeitet von F. Makower.
Mat. = Materialien zu dem dritten Abschnitte des Entwurfs eines EG. zum BGB.
MEG. = Motive zu dem Entwurf eines Einführungsgesetzes zum BGB. (Berlin 1888).
Mugdan-Falkmann = Mugdan und Falkmann, die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
Neumann = Handausgabe des BGB., bearbeitet von Dr. Hugo Neumann. 3te verm. u. verb. Aufl. Berlin 1903.
Niedner = Das EG. vom 18. 6. 1896, erläutert von A. Niedner. Berlin 1899.
Oberneck = Das Reichsgrundbuchrecht und die preußischen Ausführungs- und Ergänzungsbestimmungen von Dr. H. Oberneck. 2te Auflage. Berlin 1900.
Örtmann = Das Recht der Schuldverhältnisse. Erläutert von Paul Örtmann. Berlin 1899.
PFG. = Preußisches Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit vom 21. September 1899.
Pinner = Das Deutsche Aktienrecht von Albert Pinner. Berlin 1899.
Planck = BGB. nebst EG., erläutert von Dr. G. Planck in Verbindung mit Dr. A. Achilles. Dr. F. André, M. Greiff, F. Ritgen, Dr. K. Unzner Berlin 1897 ff.
Prot. = Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des E. des BGB. Im Auftrage des Reichsjustizamts bearbeitet von Dr. Achilles, Dr. Gebhard, Dr. Spahn, Berlin 1897—1899.
Rausnitz = Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. 5. 1898 und das Preußische Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit vom 21. 9. 1899. Erläutert von Julius Rausnitz. Berlin 1900.
Rehbein = Das BGB. mit Erläuterungen von Dr. H. Rehbein. Bd. I, II. Berlin 1898 ff.
RFG. = Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. 5. 1898 in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. 5. 1898.
RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts, angeführt, falls nicht etwas Anderes bemerkt ist, nach den Entscheidungen in Civilsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofs.
Riedel = Das BGB. in Vergleichung mit dem preußischen Recht. Berlin 1898 ff.
ROHG. = Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts.
Schollmeyer = Recht der Schuldverhältnisse. Erläutert von Dr. Friedrich Schollmeyer. München 1900.
Schultze-Görlitz = Kommentar zum Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit von R. Schultze-Görlitz. Berlin 1900.
Schultze-Oberneck = Die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Zweiter Theil: Das Preußische Gesetz. Erläutert von R. Schultze-Görlitz und Dr. H. Oberneck. Berlin 1900.
Staub = Kommentar zum HGB. von Dr. Hermann Staub. 6te und 7te Aufl. Berlin 1900.
Staub WO. = Kommentar zur Allgemeinen deutschen Wechselordnung. 4. Aufl., Berlin 1901.
Stranz-Gerhard = Das Preußische AG. zum BGB., kommentirt von Dr. Josef Stranz und Stephan Gerhard. Berlin 1900.
Weißler = Preußisches Landesprivatrecht. Sammlung der neben dem BGB. in Kraft bleibenden Quellen des preußischen Privatrechts. Herausgegeben von Dr. Adolf Weißler. 2. Aufl. Leipzig 1900.
ZVG. = Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung vom 24. 3. 1897 nach der Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 20. 5. 1898.

Berichtigungen.

Seite 6 § 2 Zeile 4—5 lies: in der Fassung der Bekanntmachung vom 10 9. 1900 (Reichsgesetzblatt S. 862) §§ 2, 3.

Seite 55 Zeile 3 lies statt „er“: das Geschäft.

Seite 55 Zeile 4 lies statt „er“: der Geschäftsbetrieb.

Seite 64 Anm. 27. Die Bestimmung, daß Mitgliederversammlungen überhaupt nicht zu berufen sind, ist zulässig (siehe unten S. 82).

Seite 94 Anm. 47 letzte Zeile lies statt „§ 24“: § 25 Anm. 5 S. 115.

Seite 129 Anm. 9 Zeile 1 lies statt „RKB.“: KB.

Seite 186 Anm. 16 Zeile 5 und 6 lies statt „Vertrag“: Antrag.

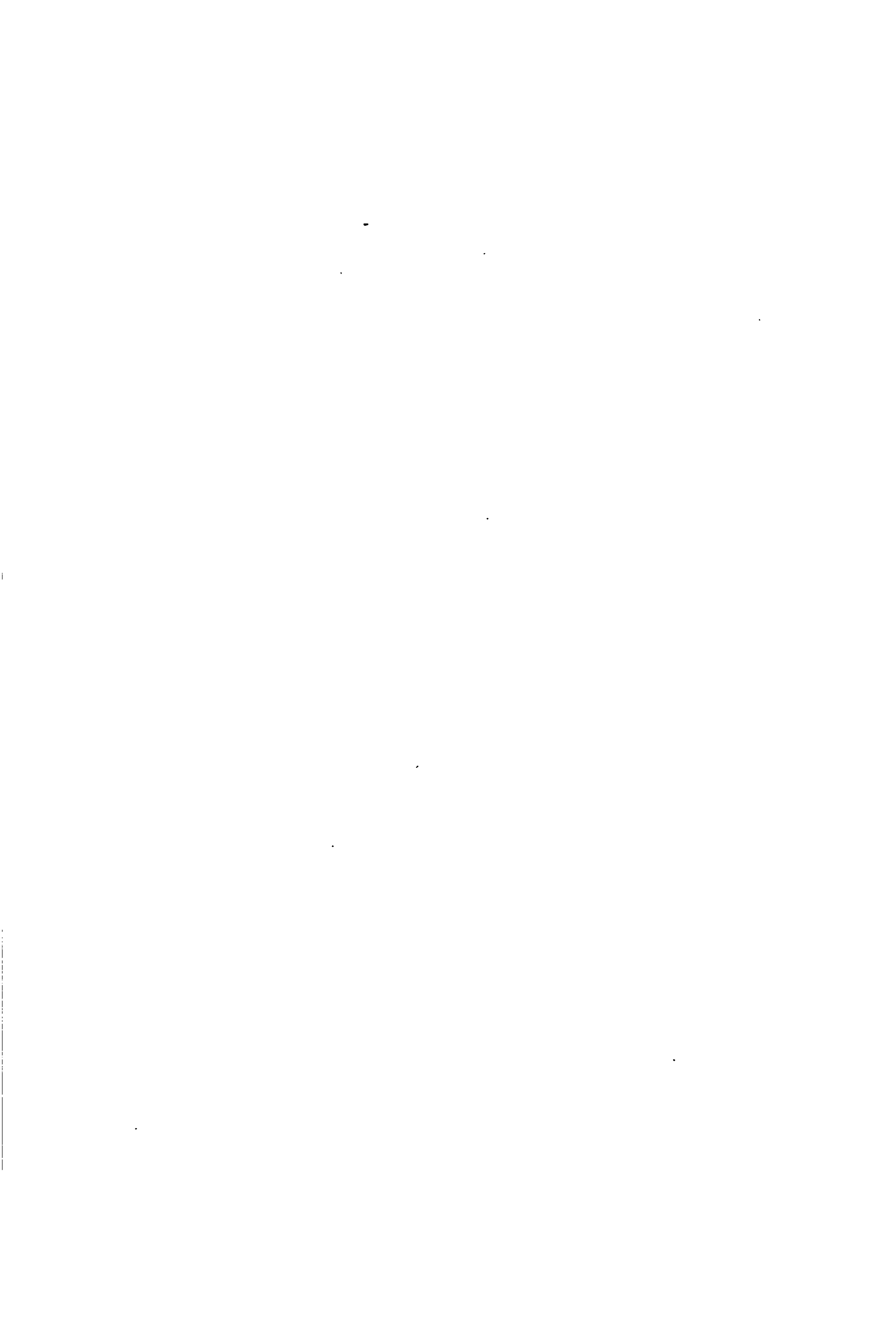
Seite 460 Zeile 6 von unten lies statt „a“: 1.

Seite 636 Anm. 17 letzte Zeile lies statt „Bd.“: Art.



Erstes Buch.

Allgemeiner Theil.



Einleitung.

§ 1. Begriff des bürgerlichen Rechtes. Verhältniß des BGB. zu den Landesrechten und den übrigen Reichsgesetzen.

I. Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich regelt das gesammte bürgerliche Recht (Privatrecht).

Eine Begriffsbestimmung des bürgerlichen Rechtes, insbesondere eine Abgrenzung desselben gegenüber dem öffentlichen Rechte, enthält weder das BGB. noch das Einführungsgesetz zu demselben. Sie ist von praktischer Bedeutung namentlich für die Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs (GVG. § 13) und der Aufhebung der privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze (EG. Art. 55). Begrifflich gehören dem bürgerlichen Rechte die Rechtsnormen an, welche die rechtliche Stellung der Individuen als solcher und deren Verhältniß zu einander bestimmen. Positiv gelten als bürgerliches Recht alle vom BGB. selbst geregelten Materien, selbst wenn sie begrifflich öffentlich rechtlichen Charakters sind (vergl. z. B. §§ 89, 31, 42 Abs. 2).

Inwieweit andere Gesetze bürgerliches oder öffentliches Recht enthalten, entscheidet sich nach den Grundsätzen, welche sich aus dem BGB. oder den sonst in Frage kommenden Reichsgesetzen ergeben. Nur soweit die Vorbehalte für die Landesgesetzgebung reichen, ist auch die Frage, ob bürgerliches oder öffentliches Recht, nach Landesrecht zu beantworten [1]).

EG. Art. 55.

II. Gegenüber den Landesrechten gilt das BGB. nicht als subsidiäres, sondern als absolutes Recht; es hat den Charakter einer Kodifikation, welche den ihr angehörigen Rechtsstoff ausschließlich regelt [2]). Die Kodifikation hat die doppelte Bedeutung, daß das bestehende Landesprivatrecht in seiner Gesammtheit außer Kraft tritt (EG. Art. 55), und daß künftig für das gesammte bürgerliche Recht allein die Reichsgesetzgebung zuständig ist, privatrechtliche Vorschriften der Landesgesetze also auch in Zukunft neben dem BGB. keine Geltung erlangen können (vergl. Reichsverfassung Art. 2).

Demgemäß ist durch das Inkrafttreten des BGB. das gesammte Landesprivatrecht aufgehoben. Die Aufhebung ist unabhängig davon, ob das BGB. eine die landesgesetzliche Vorschrift ersetzende Bestimmung enthält oder ob durch die Aufhebung eine Lücke entsteht. Die einzelne Vorschrift des Landesprivatrechts ist nicht erst darauf hin zu prüfen, ob sie durch eine Bestimmung des

---

[1]) Ebenso Endemann I § 16 Anm. 3, Leonhard § 4, II., a. M. MEG. S. 147, Cosack I § 9 II Nr. 4, Stranz-Gerhard, Einleitung § 9 S. 21, Niedner Anm. II, 2 zu Art. 55 EG.

[2]) Vgl. Dronke, Zur Revision des Begriffes Kodifikationsprinzip (Gruchot Bd. 44 S. 703).

BGB. aufgehoben ist: vielmehr gilt jede privatrechtliche Vorschrift eines Landesgesetzes ohne weiteres als aufgehoben, soweit sie nicht ausnahmsweise durch einen Vorbehalt des BGB. oder des EG. aufrecht erhalten ist.

III. Die zu I. und II. entwickelten Sätze erleiden jedoch erhebliche Ausnahmen:

1. Das Handels- und Wechselrecht ist im BGB. nicht geregelt. Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch ist einer besonderen Revision unterzogen; das neue Handelsgesetzbuch für das deutsche Reich ist als Ganzes gleichzeitig mit dem BGB. in Kraft getreten (EG. zum HGB. vom 10. 5. 1897 Art. 1 Abs. 1, vergl. Abs. 2 und 3). Das BGB. kommt in Handelssachen erst in zweiter Reihe zur Anwendung, soweit nämlich das HGB. und das EG. zu demselben nicht Sondervorschriften enthalten (EG. zum HGB. Art. 2). — Die Allgemeine Deutsche Wechselordnung ist unberührt geblieben (EG. Art. 32)[3].

EG. Art. 32. 2. Auch die Vorschriften aller übrigen Reichsgesetze sind neben dem BGB. in Kraft geblieben (E.G. Art. 32 Satz 1). Als reichsgesetzliche Vorschriften gelten jedoch nicht die landesgesetzlichen Bestimmungen, auf welche in Reichsgesetzen verwiesen ist. **EG. Art. 4.** Durch eine derartige Bezugnahme sind privatrechtliche Vorschriften der Landesgesetze der Aufhebung nicht entzogen, es sind vielmehr die entsprechenden Vorschriften des BGB. oder des EG. an ihre Stelle getreten (EG. Art. 4). Außer Kraft sind nur die Vorschriften der Reichsgesetze getreten, deren Aufhebung sich aus dem BGB. oder dem EG. ergiebt (EG. Art. 32 S. 2). Eine Anzahl ausdrücklicher Aufhebungen und Abänderungen reichsgesetzlicher Vorschriften enthalten die Artt. 33—54 EG.[4]). Im übrigen ist es eine Frage der Auslegung, ob ein älteres Reichsgesetz durch das BGB. aufgehoben oder abgeändert ist. Da die Vorschriften der Reichsgesetze ausdrücklich aufrecht erhalten sind, so kann der Satz, daß in allen Fällen der Kollision das jüngere Gesetz das ältere aufhebt[5]), auf das Verhältniß des BGB. zu den älteren Reichsgesetzen nicht unbedingt Anwendung finden. Die Aufhebung ergiebt sich aus dem BGB. nur dann, wenn die Absicht erkennbar ist, trotz der allgemeinen Aufrechterhaltung der Reichsgesetze eine Einzelvorschrift außer Kraft zu setzen. Sonderbestimmungen der Reichsgesetze über bestimmte Rechtsverhältnisse werden von abweichenden allgemeinen Rechtssätzen des BGB. nicht berührt, während sie als aufgehoben gelten müssen, soweit das BGB. selbst abweichende Sonderbestimmungen für das gleiche Rechtsverhältniß enthält.

EG. Artt. 56 ff. 3. Die Aufhebung des gesammten Landesprivatrechts ist durch zahlreiche Vorbehalte für die Landesgesetzgebung eingeschränkt (EG. Art. 55). Den größten Theil dieser Vorbehalte enthält das EG. in den Artt. 56—152. Im Einzelnen mag hier hervorgehoben werden[6]), daß Versicherungs- und Verlagsrecht zwar vorläufig noch der Landesgesetzgebung unterliegen (EG. Artt. 75, 76), daß aber deren reichsgesetzliche Regelung in Aussicht genommen ist. Als zum Theile in den Bereich des öffentlichen Rechtes fallend sind der Landesgesetzgebung vollständig vorbehalten insbesondere das Bergrecht (EG. Art. 67), das Enteignungsrecht (Art. 109), das Recht der Zusammenlegung von Grundstücken,

---

[3]) Aufgehoben ist allein der Art. 80 der Wechselordnung durch EG. zum HGB. Art. 8 Nr. 2.

[4]) Vergl. ferner EG. zum HGB. Artt. 8—14.

[5]) So Endemann I § 15 II, Cosack 1 § 9 I unter b, Riedner, Anm. II zu Art. 32, vergl. dagegen M. EG. S. 68.

[6]) D. S. 5.

der Gemeinheitstheilung, der Regulierung der gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnisse, der Ablösung von Dienstbarkeiten und Reallasten (Art. 113). Weil sie vermöge ihres Zusammenhanges mit den örtlichen und wirthschaftlichen Verhältnissen einer einheitlichen Behandlung angeblich widerstreben, sollen auch in Zukunft ausschließlich der Landesgesetzgebung unterliegen namentlich die Vorschriften über Familienfideikommisse, Lehen und Stammgüter (Art. 59), über Rentengüter (Art. 62), Erbpachtrecht (Art. 63), Anerbenrecht in Ansehung land- und forstwirthschaftlicher Grundstücke (Art. 64), das Wasser-, Mühlen- und Flößerei-Recht (Art. 65), das Deich- und Sielrecht (Art. 66), das Jagd- und Fischereirecht (Art. 69), das Gesinderecht (Art. 95, vergl. jedoch Nr. 2 und 3 Art. 95). Außerdem sind für viele im BGB. geregelte Theile des bürgerlichen Rechtes abweichende und ergänzende landesrechtliche Vorschriften zugelassen, welche im Einzelnen bei den von ihnen betroffenen Materien zu berücksichtigen sind.

Eine Reihe weiterer Vorbehalte für die Landesgesetzgebung enthält das BGB. selbst. Beispielsweise können die Landesgesetze bestimmen, daß für Landesbeamte zur Eingehung einer Ehe, sowie für Beamte und Religionsdiener zur Uebernahme einer Vormundschaft eine besondere Erlaubniß erforderlich ist (§§ 1315 Abs. 1, 1784, 1888)[7]).

EG. Art. 3.

Jeder Vorbehalt für die Landesgesetzgebung hat die doppelte Wirkung, daß die bestehenden landesgesetzlichen Vorschriften in Kraft bleiben, und daß neue landesgesetzliche Vorschriften erlassen werden können (EG. Art. 3). Soweit eine Materie der Landesgesetzgebung vorbehalten ist, ist deren Zuständigkeit durch keine Bestimmung des BGB. beschränkt.[8]) Es können demnach insoweit auch landesgesetzliche Bestimmungen getroffen werden, welche von den allgemeinen Vorschriften des BGB. abweichen (z. B. über Formerfordernisse, Verjährung u. dergl.). Sind aber solche Vorschriften nicht getroffen, so ist das in Geltung bleibende Landesgesetz ausschließlich durch das BGB. zu ergänzen, nicht etwa durch das in seiner Gesammtheit aufgehobene Landesprivatrecht.[9])

EG. Art. 4.

Selbst auf solche landesgesetzliche Bestimmungen, auf die in aufrechterhaltenen Landesgesetzen verwiesen ist, erstreckt sich der Vorbehalt nicht; auch an deren Stelle treten vielmehr die entsprechenden Vorschriften des BGB. (EG. Art. 4).

Auf das Verhältniß der Landesgesetze zu den übrigen Reichsgesetzen sind die Vorbehalte ohne Wirkung: nur durch das BGB., und das EG. sollen die vorbehaltenen Materien nicht berührt werden. Von den Vorschriften anderer Reichsgesetze dürfen die Landesgesetze, welche auf Grund eines Vorbehalts erlassen werden, nicht abweichen. (Reichsverfassung Art. 2.)[10])

EG. Art. 218.

4. Endlich ist für die Uebergangszeit die Zuständigkeit der Landesgesetzgebung aufrecht erhalten, soweit nach den Bestimmungen des EG. die bisherigen Landesgesetze für Rechtsverhältnisse maßgebend bleiben, welche vor dem Inkrafttreten des BGB. begründet sind. (EG. Art. 218.)[11]) Der eigentliche Zweck

---

[7]) Vergl. ferner §§ 44 Abs. 1, 85, 193, 233, 907, 919 Abs. 2, 1315 Abs. 2, 1807 Abs. 2, 1808.

[8]) Staatsverträge eines Bundesstaats mit einem ausländischen Staate bleiben zwar unberührt, soweit sie vor Inkrafttreten des BGB. geschlossen sind (EG. Art. 56). Spätere Staatsverträge der Bundesstaaten dürfen jedoch von den Vorschriften des BGB. nicht abweichen. Bundesstaat im Sinne des BGB. und des EG. ist auch das Reichsland Elsaß-Lothringen. (EG. Art. 5.)

[9]) Vergl. z. B. unten S. 5 Anm. 4.

[10]) Weitere Vorbehalte für die Landesgesetzgebung siehe EG. zum HGB. Art. 15—21, EG. zum Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung vom 24. 3. 1897 §§ 2—14, Grundbuchordnung vom 24. 3. 1897 §§ 82 Abs. 2, 83—101.

[11]) Vergl. § 6, unten S. 16 ff.

dieses Vorbehalts ist jedoch nicht, für die Uebergangszeit Abweichungen von den Vorschriften des BGB. zuzulassen, sondern die Ueberleitung des alten Rechtes in das neue Recht zu erleichtern.[12])

§ 2. Der Geltungsbereich des BGB.

I. Das Geltungsgebiet des BGB. bilden der gesammte Umfang des Deutschen Reichs, die Konsulargerichtsbezirke (Gesetz vom 7. 4. 1900 §§ 19 Nr. 1, 2, vergl. §§ 20 ff., 31 ff.) und die deutschen Schutzgebiete (Gesetz vom 17. 4. 1886 in der Fassung der Bekanntmachung vom 19.3. 1888 § 2, Gesetz vom 7. 4. 1900 § 79).

II. Die Vorschriften des BGB. gelten grundsätzlich für Alle ohne Unterschied des Standes, Ranges und Geschlechts,[1]) sie gelten in gleicher Weise für Inländer wie für Ausländer, soweit deren Rechtsverhältnisse nach deutschem Rechte zu beurtheilen sind. Für Ausländer[2]) sind nur wenige Sondervorschriften gegeben: Durch § 1315 Abs. 2 sind die Landesgesetze über die Zulassung von Ausländern zur Eingehung einer Ehe aufrecht erhalten,[3]) durch Art. 88 EG. die Landesgesetze, welche den Erwerb von Grundstücken durch Ausländer von staatlicher Genehmigung abhängig machen.[4]) Endlich besteht nach § 1785 eine Verpflichtung zur Uebernahme einer Vormundschaft nur für Deutsche, nicht für Ausländer. Ueber Exterritoriale enthält das BGB. keine Bestimmungen.[5]) Ueber die Exterritorialität entscheiden in erster Reihe die Verträge des Reichs und der Bundesstaaten mit ausländischen Staaten. Soweit derartige Verträge nicht entgegenstehen, und soweit für die Exterritorialen ein Gerichtsstand in Deutschland begründet ist, unterliegen sie vor deutschen Gerichten den Vorschriften des BGB.[6])

Für deutsche Gesandte an auswärtigen Höfen gelten nach § 19 Abs. 1 des Reichsbeamtengesetzes vom 31. 3. 1873 die gesetzlichen Bestimmungen ihres Heimathsstaats und in Ermangelung eines solchen die Vorschriften des preußischen Rechtes. Auf die Rechtsverhältnisse dieser Gesandten finden danach das BGB. und das EG., insbesondere auch die Artt. 7 ff. des Letzteren, Anwendung (vergl. CPO. § 15). Dasselbe gilt von den preußischen Gesandten bei anderen deutschen Bundesstaaten (vergl. GVG. § 18 Abs. 2).

§ 3. Das internationale Privatrecht. Allgemeines.[1])

Die räumliche Herrschaft der Rechtsnormen ist durch das BGB. und das EG. nicht erschöpfend geregelt. Das Letztere enthält einzelne Bestimmungen in den Artt. 7—31. Daneben bleiben die Vorschriften des internationalen Privatrechts

---

[12]) Vergl. Habicht, Einleitung § 4, II, Niedner zu Art. 218.

[1]) Siehe Näheres hierüber unten § 10.

[2]) Ausländer im Sinne des BGB. sind Reichsausländer (Reichsverfassung Art. 3).

[3]) Vergl. Preuß. AG. Art. 43.

[4]) Vergl. Preuß. AG. Art. 7 § 2 Abs. 2.

[5]) Im Gebiete des ALR. sind die §§ 36, 37 der Einleitung und Anhang § 1 in Kraft geblieben, da sie öffentliches Recht enthalten. Ihr Inhalt stimmt mit dem im Texte Gesagten überein.

[6]) Vergl. EG. Artt. 32, 56 und GVG. §§ 18—21.

[1]) Aus der neueren Literatur sind außer den weiterhin zitierten hervorzuheben: Barazetti, Das internationale Privatrecht im BGB. (Hannover 1897); Ernst Zitelmann, Internationales Privatrecht (Leipzig 1897/98); Edelmann, Der grundsätzliche Standpunkt des deutschen BGB. im internationalen Privatrecht (Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht Bd. 8 S. 295 ff.), sowie der ausführliche Kommentar von Neumann zu Artt. 7 ff. EG. (Bd. III S. 1336 ff.).

in Kraft, welche etwa in Reichsgesetzen, in aufrecht erhaltenen Landesgesetzen sowie in Verträgen des Reichs oder eines Bundesstaats mit ausländischen Staaten enthalten sind (EG. Artt. 32, 56)[2]). Soweit hiernach positive Bestimmungen nicht vorhanden sind, müssen die Lücken durch Wissenschaft und Praxis ergänzt werden.[3]) Die so gewonnenen Grundsätze und die Vorschriften der Reichsgesetze gelten nicht nur für die Kollision des Reichsrechts mit dem ausländischen Rechte, sondern auch für die Kollision des Landesrechts mit dem ausländischen Rechte und der Landesrechte untereinander, soweit nicht die Letzteren besondere Bestimmungen enthalten.[4])

Die Artikel 7—30 EG. stellen sich zunächst dar als Vorschriften über die räumliche Geltung der deutschen Gesetze. Doch ist die Anwendung ausländischen Rechtes in einzelnen Fällen, welche sich aus der folgenden Darstellung ergeben (vergl. Artt. 7, 11, 13, 15, 17, 21, 25, ferner 10, 23, 24, 28), ausdrücklich vorgeschrieben; in anderen folgt sie unmittelbar oder mittelbar aus den Grundsätzen, auf denen die Vorschriften des Gesetzes beruhen.

Im Allgemeinen gilt folgendes:

I. Darüber, welches Recht der deutsche Richter auf ein bestimmtes Rechtsverhältniß anzuwenden hat, entscheidet das deutsche Recht.[5]) Es ist also im einzelnen Falle nicht die Frage zu stellen, welches internationale Privatrecht anzuwenden sei, vielmehr ist das deutsche internationale Privatrecht unbedingt zur Anwendung zu bringen. Soweit hiernach ein fremdes Recht maßgebend ist, sind dessen auf das in Frage kommende Rechtsverhältniß bezügliche Vorschriften anzuwenden, nicht dessen internationales Privatrecht. Ausnahmen von diesem Grundsatze finden nur in den unten näher zu besprechenden Fällen des Art. 27 EG. statt (bei der Geschäftsfähigkeit, der Eheschließung, dem ehelichen Güterrechte, der Ehescheidung, dem Erbrecht).[6]) In diesen Fällen ist das in Rede stehende Rechtsverhältniß nicht direkt nach den bezüglichen Vorschriften des durch das EG. für anwendbar erklärten fremden Rechtes zu beurtheilen, sondern es

[2]) Vergl. z. B. die Konvention mit Rußland über die Regulierung von Hinterlassenschaften vom 12. 11. 1874 Art. 10, den Handelsvertrag mit Rußland vom 10. 2. 1894, Artikel 4.

[3]) Eine Uebersicht über die verschiedenen Ansichten darüber, wie die Ausfüllung der Lücken des Gesetzes zu erfolgen hat, siehe bei Niedner Vorbemerkung IV zu Artt. 7 ff., Neumann Vorbemerkung zu Artt. 7 ff.

[4]) Irrig ist die Ansicht von Endemann I § 16 unter IV 1, § 19 unter II 6, daß für die den Landesgesetzen vorbehaltenen Materien das bisherige internationale Privatrecht bestehen bleiben soll. Dasselbe ist, wie Endemann selbst in § 17 unter I a. E. zutreffend ausführt, durch Art. 55 EG. schlechthin beseitigt. Die vorbehaltenen Materien sind aber, soweit sie nicht selbst Bestimmungen enthalten, nicht durch das aufgehobene Landesrecht, sondern durch die Vorschriften des BGB. und des EG. zu ergänzen. (Siehe oben S. 3, vergl. auch Prot. VI S. 5 unter 2 und Niedner Vorbemerkung I, 4 zu Artt. 7 ff.

[5]) Vergl. Hölder, Einleitung III, 3 S. 47.

[6]) Die Richtigkeit dieser Sätze für das deutsche Recht ergiebt sich für die im EG. geregelten Fälle durch argumentum e contrario aus Art. 27. Sie müssen aber auch für die nicht geregelten Fälle gelten. Für dieselben sind die in den Bestimmungen des EG. zum Ausdrucke gelangten Grundsätze maßgebend. Diese ergeben, daß alle Kollisionsfälle durch das deutsche, nicht durch ein fremdes internationales Privatrecht zu entscheiden sind, und daß Rückverweisungen auf das deutsche Recht nur in den ausdrücklich durch das Gesetz bestimmten Fällen stattgegeben wird. Vergl. zur Frage der Rückverweisung v. Bar, Lehrbuch des internationalen Privat- und Strafrechts (1892) S. 49, Neumann, Internationales Privatrecht in Form eines Gesetzentwurfs nebst Motiven und Materialien (1896) S. 25 ff., 30 ff., 36, Niemeyer, Vorschläge und Materialien zur Kodifikation des internationalen Privatrechts (1895) S. 80 ff., Endemann I § 18 unter II, c., Niedner zu Art. 27, Buzatti in der Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht Bd. 8 S. 449 ff., Neumann Vorbemerkung zu Artt. 7 ff., Anm. zu Art. 27.

ist zunächst zu prüfen, welches Recht nach dessen Vorschriften über das internationale Privatrecht maßgebend ist. Ist dies das deutsche Recht, so gelangt dasselbe in Folge der Rückverweisung zur Anwendung;[7] ist es ein weiteres fremdes Recht, so wird dieser weiteren Verweisung keine Folge gegeben, es bleibt vielmehr bei der Anwendung des ersten durch das EG. für anwendbar erklärten fremden Rechtes.[8])

EG. Art. 30. Die Anwendung eines ausländischen Gesetzes ist aber allgemein ausgeschlossen, wenn dieselbe gegen die guten Sitten oder gegen ein deutsches Gesetz verstoßen würde, das seinem Zwecke nach jedem von ihm abweichenden Rechtsverhältnisse die Anerkennung versagt. (EG. Art. 30.) Nur soweit es dieser Zweck des deutschen Gesetzes erfordert, bleibt das ausländische Gesetz unberücksichtigt, während es im Uebrigen zur Anwendung gelangt. So kann z. B. ein Mohammedaner trotz EG. Art. 13 Abs. 1 eine Doppelehe in Deutschland nicht eingehen. Dagegen verstößt es nicht gegen den Zweck des deutschen Gesetzes, die Kinder aus der im Auslande gültig geschlossenen zweiten Ehe als eheliche anzuerkennen.[9])

EG. Art. 29. II. Für die Personalstatuten ist nach dem BGB., anders als nach dem bisher in Deutschland überwiegend geltenden Rechte, nicht der Wohnsitz, sondern fast durchgängig die Staatsangehörigkeit maßgebend. In Ermangelung einer solchen entscheidet die letzte Staatsangehörigkeit, eventuell der Wohnsitz und in letzter Reihe der Aufenthalt. (EG. Art. 29.) Besitzt jemand eine mehrfache Staatsangehörigkeit und darunter eine deutsche, so ist diese maßgebend, wie aus den Grundsätzen des EG. zu entnehmen ist. Gehört jemand gleichzeitig mehreren fremden Staaten an, so muß unter analoger Anwendung des Art. 29 der Wohnsitz und in Ermangelung eines solchen der Aufenthalt entscheiden.[10])

Erwerb und Verlust der Reichs- und Staatsangehörigkeit richten sich nach dem Reichsgesetze vom 1. 6. 1870.

---

[7]) Der Rückverweisung wird in diesen Fällen nicht stattgegeben, wenn es sich um Gegenstände handelt, die sich nicht in Deutschland befinden, und die nach den Gesetzen des Staates, in dessen Gebiet sie sich befinden, besonderen Vorschriften unterliegen. (EG. Artikel 28.)

[8]) a. Ein Schweizer, welcher zur Zeit seines Todes den Wohnsitz in Berlin hatte, würde nach Art. 25 EG. nach den Gesetzen der Schweiz beerbt werden. Da sich aber nach diesen die Erbfolge nach dem Rechte des letzten Wohnsitzes richtet, so erfolgt gemäß § 27 die Beerbung nach deutschem Rechte. b. Ein Argentinier, welcher in Berlin seinen Wohnsitz hat, errichtet dort ein Testament und erwirbt später die Reichsangehörigkeit. Er stirbt in Berlin. Die Gültigkeit der Testamentserrichtung ist nach Art. 24 Abs. 3 nach den argentinischen Gesetzen zu beurtheilen (vorbehaltlich der Vorschrift des Art. 11 Abs. 1 Satz 2). Diese kommen auch zur Anwendung, obwohl nach Art. 3612 des argentinischen Zivilgesetzbuchs das deutsche Recht als das des letzten Wohnsitzes anzuwenden wäre, weil in Art. 27 EG. Art. 24 nicht in Bezug genommen ist. c. Gegen eine verheirathete Schweizerin, welche ihren Wohnsitz in Wien hat, wird aus einem dort geschlossenen Geschäft in Berlin geklagt. Ihre Geschäftsfähigkeit richtet sich gemäß Art. 7 Abs. 1 EG. nach den Gesetzen der Schweiz. Zwar erklären diese (Art. 6 des Gesetzes vom 25. 6. 1891) für die Geschäftsfähigkeit der Ehefrau vorliegenden Falles das österreichische Recht als das des Wohnsitzes für maßgebend. Doch wird dieser Verweisung nach Art. 27 EG. keine Folge gegeben, weil danach ein weiteres fremdes Recht, nicht das deutsche, zur Anwendung kommen würde. — Das in diesen Beispielen verwendete Gesetzesmaterial ist entnommen Neumann Internat. Privatr. S. 262, 261, 171.

[9]) Endemann I § 18 bei Anm. 8, Fischer-Henle Anm. 3 zu Art. 30 EG., vergl. auch Neumann Internat. Privatr. S. 145 ff. Abweichend Cosack I § 12 unter II, 4 b I.

[10]) Endemann (I § 18 I a. E.) will den Fremden wählen lassen. Nach Cosack I § 12 unter II, 5 b und 4 a kommt es darauf an, „wo das rechtlich überwiegende Interesse wirksam ist". Vergl. auch Neumann Anm. 2 zu Art. 29.

§ 4. Das internationale Privatrecht. Einzelheiten.

I. Im Einzelnen gilt für die örtliche Kollision der Rechte nach den Vorschriften des EG. folgendes:

EG. Art. 7.

1. Die Geschäftsfähigkeit einer Person richtet sich nach ihrer Staatsangehörigkeit (EG. Art. 7 Abs. 1).

Von diesem Grundsatze bestehen folgende Ausnahmen:

a. Wenn nach dem grundsätzlich maßgebenden fremden Rechte die deutschen Gesetze anzuwenden sind, so bestimmt sich die Geschäftsfähigkeit nach deutschem Rechte (EG. Art. 27).[1])

b. Ein Ausländer gilt für Rechtsgeschäfte, die er im Inlande vornimmt — mit Ausnahme von familien- und erbrechtlichen Rechtsgeschäften, sowie rechtsgeschäftlichen Verfügungen über ausländische Grundstücke — insoweit als geschäftsfähig, als er es nach deutschem Rechte sein würde (EG. Art. 7 Abs. 3).

c. Ein Ausländer, der die Volljährigkeit erworben hat, behält, wenn er die Reichsangehörigkeit erwirbt, die rechtliche Stellung eines Volljährigen, auch wenn er nach deutschem Rechte nicht volljährig ist (EG. Art. 7 Abs. 2)[2])

EG. Art. 8.

2. Aus Art. 7 Abs. 1 EG. folgt, daß auch für die Entmündigung die Staatsangehörigkeit bestimmend ist. Deshalb wird die Entmündigung eines Deutschen im Ausland im Inlande nicht anerkannt[3]), während ein Deutscher in Deutschland entmündigt werden kann, auch wenn er seinen Wohnsitz im Auslande hat[4]). Ausnahmsweise kann ein Ausländer im Inland entmündigt werden, wenn er seinen Wohnsitz oder in Ermangelung eines solchen seinen Aufenthalt in Deutschland hat (EG. Art. 8). Sowohl die Voraussetzungen wie die Wirkungen der Entmündigung bestimmen sich in diesem Falle nach deutschem Rechte.

EG. Art. 9.

3. Auch für die Todeserklärung ist grundsätzlich die Staatsangehörigkeit entscheidend. Die Vorschriften über die Todeserklärung finden auf diejenigen Anwendung, welche beim Beginne der Verschollenheit Deutsche waren (EG. Art. 9 Abs. 1). Dadurch, daß die Reichsangehörigkeit später verloren geht, — wie dies z. B. bei verschollenen Ehefrauen vorkommen kann, wenn der Mann die Reichsangehörigkeit aufgiebt, — wird an der Zulässigkeit der Todeserklärung nichts geändert. Im Uebrigen sind zu Gunsten der Todeserklärung von Ausländern im Inlande zwei Bestimmungen getroffen:

a. Ein verschollener ausländischer Ehemann, der seinen letzten Wohnsitz in Deutschland hatte, kann auf Antrag seiner im Inlande befindlichen Ehefrau für todt erklärt werden, wenn dieselbe Deutsche ist, oder es doch bis zu ihrer Verheirathung mit dem Verschollenen gewesen ist (EG. Art. 9 Abs. 3, vergl. Art. 13 Abs. 2, BGB. §§ 1348 ff.).

b. Mit beschränkter Wirkung — nur für die nach deutschem Rechte zu beurtheilenden Rechtsverhältnisse und das im Inlande befindliche Vermögen (§ 2369 Abs. 2)[5]) — kann jeder Ausländer für todt erklärt werden (EG. Art. 9 Abs. 2), mag er seinen Wohnsitz im Inlande haben oder nicht.[6])

---

[1]) Siehe oben S. 5—6.

[2]) Vergl. auch Gew. O. § 11a (EG. Art. 36 I) über gewerbetreibende Ehefrauen, für deren güterrechtliche Verhältnisse ausländische Gesetze maßgebend sind.

[3]) a. M. Cosack I § 21 Zusatz I, Niedner Anm. 2c zu Art. 8.

[4]) Ueber den Gerichtsstand vergl. CPO. § 648 Abs. 2.

[5]) Aus der beschränkten Wirkung in diesem Falle, die eine Folge der Abweichung von der Regel ist, darf natürlich nicht gefolgert werden (so Cosack I S. 68 Zusatz I, 1), daß die der Regel entsprechende Entmündigung eines Deutschen im Inlande die gleiche beschränkte Wirkung hat. Die Entmündigung, welche seitens des Heimathsstaats erfolgt, ist von unbeschränkter Wirkung. Dies ergiebt sich auch aus Abs. 3 des Art. 9 EG., durch den selbst der Todeserklärung im Falle a ausdrücklich unbeschränkte Wirkung beigelegt ist.

[6]) Ueber den Gerichtsstand für die Todeserklärung vergl. CPO. § 961.

EG. Art. 10. 4. Ebenso ist für die Rechtsfähigkeit eines Vereins in erster Reihe das Recht des Staates maßgebend, welchem er angehört. Ist ein ausländischer Verein hiernach rechtsfähig, so gilt er doch im Inlande, falls er die Rechtsfähigkeit hier nur durch Eintragung in das Vereinsregister (§ 21) oder durch staatliche Verleihung (§ 22) erlangen könnte, nur dann als rechtsfähig, wenn seine Rechtsfähigkeit durch Beschluß des Bundesraths anerkannt ist. Ist er nicht anerkannt, so gilt er als Gesellschaft im Sinne der §§ 705 ff., § 54 S. 2 (EG. Art. 10).[7]) Rechtsfähigkeit im Inlande erlangen können Vereine, welche keinen Sitz in Deutschland haben, durch Beschluß des Bundesraths (§ 23).

EG. Art. 11. 5. Die Form eines Rechtsgeschäfts richtet sich nach den für den Inhalt des Rechtsgeschäfts maßgebenden Gesetzen (EG. Art. 11 Abs. 1 Satz 1).[8])

Es genügt aber auch die Beobachtung der am Orte der Vornahme des Rechtsgeschäfts vorgeschriebenen Form, sofern es sich nicht um Begründung von dinglichen Rechten oder um Verfügungen über solche handelt.[9]) (EG. Art. 11 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2.)

EG. Art. 12. 6. Ansprüche aus einer unerlaubten Handlung bestimmen sich nach den Gesetzen des Ortes, an dem die Handlung begangen ist. Jedoch können, wenn sie im Auslande begangen ist, gegen einen Deutschen höchstens die nach den deutschen Gesetzen begründeten Ansprüche geltend gemacht werden (EG. Art. 12).[10])

EG. Art. 13. 7. Für die materiell-rechtlichen Voraussetzungen der Eheschließung ist wiederum, und zwar hinsichtlich eines jeden Verlobten, die Staatsangehörigkeit maßgebend. Ausdrücklich bestimmt ist dies zwar nur für den Fall, daß auch nur einer der Verlobten ein Deutscher ist, mag die Ehe im Inland oder im Auslande geschlossen werden, oder daß beide Verlobte Ausländer sind, die Ehe aber im Inlande geschlossen wird (EG. Art. 13 Abs. 1). Der sich hieraus ergebende Grundsatz ist aber auch auf die von Ausländern im Auslande geschlossenen Ehen anzuwenden.

Von der Regel sind zwei Ausnahmen gemacht:

a) Wenn das nach der Staatsangehörigkeit maßgebende fremde Recht die Anwendung der deutschen Gesetze vorschreibt, so sind diese anzuwenden (EG. Art. 27).

b) In Ansehung der Ehefrau eines nach EG. Art. 9 Abs. 3 für todt erklärten Ausländers bestimmen sich die materiell-rechtlichen Voraussetzungen der Eheschließung stets nach deutschem Rechte, also auch dann, wenn die Ehefrau nicht mehr Deutsche ist (EG. Art. 13 Abs. 2).[11])

---

[7]) Vergl. hierzu: Plotke, die Rechtsfähigkeit ausländischer juristischer Personen nach dem BGB. und einzelnen AG. zum BGB. (Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht Bd. 10 S. 13), Neumann Anm. zu Art. 10 EG. und unten § 17 unter 6.

[8]) Welches Recht materiell für die Rechtsgeschäfte gilt, bestimmt das Gesetz allerdings nicht. Trotzdem ist Art. 11 Abs. 1 Satz 1 nicht „völlig inhaltslos" (So Endemann I § 18 III, 1). Er erklärt das materiell für das Rechtsgeschäft geltende Recht, welches es immer sei, auch für die Form als maßgebend, was keineswegs selbstverständlich ist. Vergl. unten S. 15 Nr. 2 und Neumann zu Art. 11.

[9]) Nicht um „Verträge über unbewegliche und bewegliche Sachen" (So Endemann a. a. O.) „Recht an einer Sache" bezeichnet nach dem Sprachgebrauche des BGB. das dingliche Recht. Für einen im Ausland über ein in Deutschland belegenes Haus geschlossenen Miethvertrag genügt die Beobachtung der am Orte des Vertragschlusses vorgeschriebenen Form, da durch die Miethe nach dem BGB. ein dingliches Recht nicht begründet wird.

[10]) Der erste Satz ist mit Sicherheit aus Art. 12 EG. zu folgern. Nach den Gesetzen des Thatorts richtet sich auch die Deliktsfähigkeit. Vergl. Riedner Anm. 1 zu Art. 12, Anm. 2 b zu Art. 7.

[11]) Siehe oben S. 9 unter 3.

Die Form der Eheschließung richtet sich bei jeder im Inlande — von Inländern oder Ausländern — geschlossenen Ehe ausschließlich nach den deutschen Gesetzen (EG. Art. 13 Abs. 3), bei einer im Auslande geschlossenen Ehe nach den für die Eheschließung materiell-rechtlich maßgebenden Gesetzen oder den Gesetzen des Ortes der Eheschließung (EG. Art. 11 Abs. 1).[12])

8. Auch die persönlichen Rechtsbeziehungen der Ehegatten (z. B. die hausherrliche Gewalt, die Schlüsselgewalt, die Unterhaltspflicht) bestimmen sich nach der Staatsangehörigkeit. Art. 14 EG. schreibt dies ausdrücklich vor für deutsche Ehegatten, mögen sie ihren Wohnsitz im Inland oder im Auslande haben, und zwar auch für den Fall, daß der Ehemann die Reichsangehörigkeit verloren, die Frau sie aber behalten hat (vergl. EG. Art. 41 IV). Der gleiche Grundsatz muß danach für ausländische Ehegatten gelten. **EG. Art. 14.**

9. Für das eheliche Güterrecht ist die Staatsangehörigkeit des Ehemanns zur Zeit der Eheschließung maßgebend. Dies ergiebt sich aus der Bestimmung, daß die Staatsangehörigkeit entscheidet, wenn der Ehemann bei der Eheschließung ein Deutscher war, wenn er nach der Eheschließung die Reichsangehörigkeit erworben hat, und wenn ausländische Ehegatten ihren Wohnsitz im Inlande haben (EG. Art. 15). Dementsprechend gilt das Gleiche auch, wenn ausländische Ehegatten ihren Wohnsitz im Auslande haben. Das Gesetz macht jedoch von der Regel folgende Ausnahmen: **EG. Art. 15.**

a) Falls das nach der Staatsangehörigkeit maßgebende fremde Recht das deutsche Recht für anwendbar erklärt, so ist dieses anzuwenden (EG. Art. 27).

b) Die nach der Staatsangehörigkeit des Ehemanns maßgebenden Gesetze, mögen sie deutsche oder ausländische Gesetze sein, finden keine Anwendung auf Gegenstände, die sich im Gebiet eines anderen Staates befinden, nach dessen Gesetzen sie besonderen Vorschriften unterliegen, (EG. Art. 28). Auf solche Gegenstände sind diese besonderen Vorschriften anzuwenden.

c) Deutsche Ehegatten und ausländische Ehegatten, welche ihren Wohnsitz im Inlande haben, können einen Ehevertrag auch dann schließen, wenn dies nach den für ihren Güterstand maßgebenden Gesetzen unzulässig wäre (EG. Art. 15 Abs. 2, vergl. auch Art. 200 Abs. 2).

d) Ausländische Ehegatten sowie solche Ehegatten, die nach der Eingehung der Ehe die Reichsangehörigkeit erworben haben, haben der Regel zufolge einen ausländischen gesetzlichen Güterstand. Wird durch denselben die dem Manne nach dem BGB. zustehende Verwaltung und Nutznießung ausgeschlossen oder geändert, so müssen solche Eheleute, wenn sie ihren Wohnsitz in Deutschland haben, diese Ausschließung oder Aenderung in das Güterrechtsregister eintragen lassen. War dies bei Abschluß eines Rechtsgeschäfts mit einem der Ehegatten oder bei Eintritt der Rechtshängigkeit eines zwischen einem Ehegatten und einem Dritten schwebenden Prozesses noch nicht geschehen, so können dem Dritten gegenüber gegen das Rechtsgeschäft oder das ergehende rechtskräftige Urtheil Einwendungen aus der Ausschließung oder Aenderung nur erhoben werden, wenn diese letzteren dem Dritten zur fraglichen Zeit bekannt waren (EG. Art. 16 Abs. 1, BGB. § 1435). **EG. Art. 16.**

e) Auf ausländische Ehegatten sowie Ehegatten, die nach Eingehung der Ehe die Reichsangehörigkeit erworben haben, finden, wenn sie ihren Wohnsitz im Inlande haben, die Bestimmungen des BGB. über die Schlüsselgewalt (§ 1357), die praesumtio muciana (§ 1362) und den Betrieb eines Erwerbsgeschäfts durch

[12]) Vergl. KB. zu EG. Art. 12 C. III.

die Frau (§ 1405) Anwendung, so weit sie Dritten günstiger sind als die ausländischen Gesetze (EG. Art. 16 Abs. 2).

EG. Art. 17. 10. Für die materiell-rechtlichen Voraussetzungen der Ehescheidung ist gleichfalls die Staatsangehörigkeit des Ehemanns maßgebend (EG. Art. 17 Abs. 1) mit folgenden Ausnahmen:

a) Die zu 9a erwähnte Ausnahmebestimmung greift hier gleichfalls Platz (EG. Art. 27).

b) Wenn der ehemals deutsche Ehemann die Reichsangehörigkeit zur Zeit der Klagerhebung nicht mehr besitzt, so finden trotzdem die deutschen Gesetze Anwendung, wenn die Frau Deutsche ist (EG. Art. 17 Abs. 3).

c) War der Ehemann zur Zeit der Klagerhebung Ausländer, so kann dennoch auf Grund des ausländischen Gesetzes im Inland auf Scheidung oder Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft[13]) nur dann erkannt werden, wenn die Scheidung sowohl nach ausländischem wie nach deutschem Gesetze zulässig ist (EG. Art. 17 Abs. 4).

d) Eine Thatsache, die sich ereignet hat, während der Mann einem anderen Staate angehörte, als dem, dessen Gesetze nach seiner Staatsangehörigkeit zur Zeit der Klagerhebung maßgebend sind, kann als Scheidungsgrund nur geltend gemacht werden, wenn sie sowohl nach dem für die Scheidung maßgebenden Rechte, wie nach den Gesetzen des anderen Staates ein Scheidungsgrund ist (EG. Art. 17 Abs. 2).[14])

EG. Art. 18. 11. Für die Beurtheilung der ehelichen Abstammung eines Kindes ist die Staatsangehörigkeit des Ehemanns der Mutter zur Zeit der Geburt des Kindes oder seine letzte Staatsangehörigkeit maßgebend, wenn er vor der Geburt des Kindes gestorben ist. Zwar ist dies ausdrücklich nur für den Fall bestimmt, daß der Ehemann zur fraglichen Zeit Deutscher war (EG. Art. 18), doch muß der gleiche Grundsatz für die in der Ehe geborenen Kinder von Ausländern Geltung haben.[15])

EG. Art. 19. 12. Das Rechtsverhältniß zwischen Eltern und ehelichen Kindern (z. B. elterliche Gewalt, Kindesvermögen, Unterhaltspflicht) richtet sich nach der Staatsangehörigkeit des Vaters oder, falls der Vater gestorben ist, der Mutter, wie sich aus Art. 19 Satz 1 EG. ergiebt, welcher dies für den Fall ausdrücklich vorschreibt, daß der Vater beziehungsweise die Mutter Deutsche sind. Der Grundsatz erleidet jedoch zwei Ausnahmen:

a) Die unter 9b S. 9 erwähnte Ausnahmebestimmung findet auch hier entsprechende Anwendung (EG. Art. 28).

b) Wenn die Reichsangehörigkeit des Vaters oder der Mutter erlischt, so bleiben trotzdem die deutschen Gesetze maßgebend, wenn die Reichsangehörigkeit des Kindes bestehen bleibt (EG. Art. 19 Satz 2).

EG. Art. 20. 13. Das Rechtsverhältniß zwischen einem unehelichen Kinde und dessen Mutter bestimmt sich nach der Staatsangehörigkeit der Mutter,

---

[13]) Nur diese beiden Klagen sind in Deutschland zulässig; anderen Klagen, z. B. auf Trennung von Tisch und Bett, darf der deutsche Richter nicht stattgeben. Fischer-Henle Anm. 3 zu Art. 17 EG. Vergl. hierzu Niedner Anm. 2b zu Art. 17.

[14]) Ein Schweizer erwirbt die französische Staatsangehörigkeit, begründet einen Wohnsitz in Berlin und erhebt dort eine Ehescheidungsklage auf Grund einer Thatsache, die sich ereignet hat, während er noch Schweizer war. Die Ehe kann nur geschieden werden, wenn die Thatsache sowohl nach französischem (EG. Art. 17 Abs. 1) wie nach schweizerischem Rechte (ebenda Abs. 2) ein Scheidungsgrund, und die Scheidung auch nach deutschem Rechte zulässig ist (Abs. 4).

[15]) Ebenso Fischer-Henle Anm. 2 zu Art. 18 EG.

wie sich aus Art. 20 Satz 1 EG. ergiebt. Auch hier gilt die unter Nr. 12b erwähnte Ausnahme (EG. Art. 20 Satz 2).

14. Die Unterhaltspflicht des Vaters gegenüber dem unehelichen Kinde sowie die Ansprüche der Mutter aus der Schwängerung richten sich nach der Staatsangehörigkeit der Mutter zur Zeit der Geburt des Kindes, doch können höchstens die nach deutschem Rechte begründeten Ansprüche geltend gemacht werden (EG. Art. 21, vergl. z. B. § 1717 Abs. 1). EG. Art. 21.

15. Für die materiell-rechtlichen Voraussetzungen und die Wirkungen der Legitimation eines unehelichen Kindes und der Annahme an Kindesstatt ist die Staatsangehörigkeit des Vaters zur Zeit der Legitimation oder des Annehmenden zur Zeit der Annahme maßgebend. Von diesem Grundsatze, welcher sich aus Art. 22 EG. ergiebt, ist dort Abs. 2 eine Ausnahme gemacht: Auch wenn der Vater oder der Annehmende Ausländer ist, so ist, wenn das Kind die Reichsangehörigkeit besitzt, zur Legitimation die Einwilligung des Kindes und, wenn dasselbe noch nicht volljährig ist, der Mutter nach Maßgabe der §§ 1726 ff., zur Annahme an Kindesstatt die Einwilligung der Eltern oder der unehelichen Mutter des minderjährigen Kindes sowie des Ehegatten des verheiratheten Kindes nach Maßgabe der §§ 1746—1748, 1751 Abs. 2 erforderlich.[16]) EG. Art. 22.

16. Auch für Vormundschaft und Pflegschaft ist die Staatsangehörigkeit bestimmend: es ist Sache des Heimathstaats, eine solche erforderlichen Falles einzuleiten.[17]) Hiervon bestehen folgende Ausnahmen: EG. Art. 23.

a) Wenn der Heimathstaat die Fürsorge über einen im Inland Entmündigten nicht übernimmt, so kann über denselben im Inland eine Vormundschaft angeordnet werden (EG. Art. 23 Abs. 1).

b) Unter der gleichen Voraussetzung kann über jeden Ausländer eine Vormundschaft oder Pflegschaft angeordnet werden, wenn er nach den Gesetzen seines Heimathstaats der Fürsorge bedarf (EG. Art. 23 Abs. 1). Die Voraussetzungen der Vormundschaft oder Pflegschaft richten sich hier also nach den Gesetzen des Heimathstaats. In beiden Fällen ist es nicht erforderlich, daß der Ausländer seinen Wohnsitz im Inlande hat oder sich hier aufhält.[18])

c) In allen Fällen kann das deutsche Vormundschaftsgericht in Bezug auf Ausländer vorläufige Maßregeln treffen, so lange eine Vormundschaft oder Pflegschaft nicht angeordnet ist (EG. Art. 23 Abs. 2).

17. Endlich richtet sich auch die Beerbung nach der Staatsangehörigkeit: ein jeder wird nach den Gesetzen des Staates beerbt, dem er zur Zeit seines Todes angehörte, wo er auch seinen letzten Wohnsitz gehabt haben mag. Dieser Grundsatz folgt aus den Bestimmungen der Artt. 24 Abs. 1, 25 Satz 1 EG. Er ist jedoch durchbrochen durch folgende Ausnahmen: EG. Artt. 24, 25.

a) Die nach der Staatsangehörigkeit maßgebenden Gesetze finden keine Anwendung auf Gegenstände, die sich in einem anderen Staate befinden und

[16]) Nicht erforderlich ist zur Legitimation die Einwilligung der Ehefrau des Vaters (§ 1726 Abs. 1 Satz 2), zur Annahme an Kindesstatt die des Ehegatten des Annehmenden (§ 1746 Abs. 1), weil diese Personen nicht in einem familienrechtlichen Verhältnisse zu dem Kinde stehen (EG. Art. 22 Abs. 2).

[17]) Vergl. Niedner Anm. 1 zu Art. 23.

[18]) A. M. für den Fall b. Fischer-Henle Anm. 2 Art. 23 EG., Neumann Anm. I 1a zu Art. 23. Wenn der Aufenthalt eines Ausländers unbekannt ist, der auch seinen Wohnsitz im Auslande hat, so kann ihm, falls das ausländische Recht eine Fürsorge für Abwesende kennt, im Inlande gemäß § 1911 ein Pfleger bestellt werden, soweit dies für seine inländischen Vermögensangelegenheiten erforderlich ist. Ebenso Niedner Anm. 3, b zu Art. 23.

nach den dortigen Gesetzen besonderen Vorschriften unterliegen (EG. Art. 28). Auf solche Gegenstände sind diese besonderen Vorschriften anzuwenden.

b) Falls das nach der Staatsangehörigkeit maßgebende fremde Recht die Anwendung der deutschen Gesetze vorschreibt, so sind diese anzuwenden (EG. Art. 27); jedoch sind auch hier die zu a erwähnten Gegenstände ausgenommen (EG. Art. 28).

c) Ein Deutscher kann auf den Nachlaß eines Ausländers, der im Inlande seinen letzten Wohnsitz hatte, Erbansprüche auch dann geltend machen, wenn sie nur nach deutschem Rechte begründet sind, falls nicht die Gegenseitigkeit verbürgt ist, d. h. falls nicht nach dem Rechte des Heimathsstaats des Erblassers für die Beerbung eines Deutschen, der seinen Wohnsitz in diesem Staate hatte, ausschließlich die deutschen Gesetze maßgebend sind (EG. Art. 25 Satz 2).

d) Für die Form der Errichtung oder Aufhebung einer Verfügung von Todeswegen genügt die Beobachtung der Gesetze des Ortes, an dem die Errichtung oder Aufhebung erfolgt (EG. Art. 24 Abs. 3 Satz 2, Art. 11 Abs. 1 Satz 2), oder der Gesetze des Staates, dem der Erblasser zur Zeit der Errichtung oder Aufhebung angehörte (EG. Art. 24 Abs. 3 Satz 1). Nach letzteren Gesetzen wird auch im übrigen die Gültigkeit der Errichtung oder Aufhebung beurtheilt, also auch dann, wenn ein Ausländer nach der Errichtung oder Aufhebung die Reichsangehörigkeit erwirbt (ebenda).[19])

Ein Ausländer, welcher die Fähigkeit zur Errichtung einer Verfügung von Todeswegen erworben und eine solche errichtet oder aufgehoben hat, behält diese Fähigkeit, wenn er Deutscher wird, auch wenn er noch nicht 16 Jahre alt ist (EG. Art. 24 Abs. 3 Satz 1).

EG. Art. 26. e) Wenn im Ausland ein Nachlaß eröffnet ist und aus demselben durch Vermittelung deutscher Behörden für die nach den ausländischen Gesetzen berechtigten Erben oder Vermächtnißnehmer Vermögen ins Inland gelangt, so können andere angebliche Erben oder Vermächtnißnehmer der Herausgabe nicht widersprechen (EG. Art. 26). Die Ansprüche der Letzteren werden jedoch durch die Aushändigung des Vermögens nicht berührt.

f) Hinsichtlich der Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten haben die Erben eines Deutschen, welcher seinen letzten Wohnsitz im Auslande hatte, die Wahl, ob sie sich auf die deutschen Gesetze oder die am letzten Wohnsitze des Erblassers geltenden Gesetze berufen wollen (EG. Art. 24 Abs. 2).

II. 1. Soweit das EG. ausdrückliche Vorschriften über die Lösung von Kollisionsfällen nicht enthält, und soweit nicht, wie dies in der Darstellung zu I versucht ist, die Entscheidung für die Rechtsverhältnisse der Ausländer im Ausland aus den Vorschriften für die gleichartigen Rechtsverhältnisse der Inländer und der Ausländer im Inlande zu entnehmen ist, müssen gleichfalls in erster Reihe die Grundsätze zur Anwendung gelangen, auf denen die Bestimmungen des EG. beruhen. Dabei ist davon auszugehen, daß der deutsche Gesetzgeber, wo er nicht ausdrückliche Ausnahmen bestimmt, den Ausländer nach den gleichen Grundsätzen behandeln will, wie den Inländer.

Hiernach ergiebt sich die Geltung zweier Sätze:

a) Für alle Persönlichkeitsrechte, sowie für alle Familien- und

---

[19]) Der Inhalt der Verfügung von Todeswegen, ihre Wirksamkeit, folgt der Regel: sie wird nach den Gesetzen des Staates beurtheilt, dem der Erblasser bei seinem Tode angehörte. Ebenso Niedner Anm. 4, d zu Art. 24.

erbrechtlichen Verhältnisse ist, soweit nicht Ausnahmen vorgeschrieben sind, die Staatsangehörigkeit maßgebend.

Nach dieser ist demnach auch die Rechtsfähigkeit zu beurtheilen, allerdings mit der sich aus Art. 30 ergebenden Einschränkung.[20]) Ebenso ist die Frage, wie ein Wohnsitz begründet und aufgehoben wird, nach dem Rechte des Heimathstaats zu beurtheilen.[21])

b) Aus Art. 11, Abs. 2 und Art. 28 ergiebt sich der allgemein anerkannte Grundsatz,[22]) daß die sachenrechtlichen Verhältnisse bei beweglichen wie unbeweglichen Sachen nach den Gesetzen des Staates beurtheilt werden, in dessen Gebiet sich die Sachen befinden. Diese Gesetze sind also für Eigenthum, dingliche Rechte jeder Art und den Besitz maßgebend.

2. Für die Kollisionsfälle bei Schuldverhältnissen ist aus der einzigen Bestimmung des EG. in Artikel 12 ein Grundsatz nicht zu entnehmen, der für ihren Inhalt und ihre Wirkung maßgebend sein könnte.[23]) Es muß deshalb auch in Zukunft der bisher in Wissenschaft und Praxis herrschende Satz gelten, daß in erster Reihe das Recht maßgebend ist, welchem sich die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend unterworfen haben, in Ermangelung eines solchen das Recht des Leistungsorts (Erfüllungsorts).[24])

Auch daß auf die Verjährung dieselben Gesetze Anwendung finden, welchen der Anspruch selbst unterliegt, ist anerkannten Rechtes.[25])

III. Wenn ein ausländischer Staat durch Gesetz oder wissentliche Duldung Deutsche gegenüber den eigenen Unterthanen zurücksetzt, so kann gegen ihn und seine Angehörigen sowie deren Rechtsnachfolger durch Anordnung des Reichskanzlers unter Zustimmung des Bundesraths ein Vergeltungsrecht zur Anwendung gebracht werden. (EG. Art. 31.) Der Inhalt desselben wird durch die bezügliche Anordnung bestimmt. **EG. Art. 31.**

§ 5. Die zeitliche Geltung des BGB.

I. Das BGB. ist am 1. Januar 1900 in Kraft getreten, und zwar gleichzeitig mit Gesetzen über Aenderungen des GVG., der CPO. und der KO., über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und einer Grundbuchordnung (EG. Art. 1). **EG. Art. 1.**

II. Ueber die rückwirkende Kraft der Gesetze enthält das BGB. keine Vorschrift. Es entscheidet über dieselbe in erster Reihe die ausdrückliche Bestimmung des neuen Gesetzes selber. Ein Beispiel bildet der Art. 176 EG.,

---

[20]) Danach wird z. B. die Rechtsunfähigkeit von Sklaven im Inlande nicht anerkannt. (Vergl. auch EG. Art. 7 Abs. 3.) Ebenso im Resultat Endemann I § 21 Anm. 2. Nach Fischer-Henle Anm. 1 zu Art. 7 EG. soll sich die Rechtsfähigkeit nach den Gesetzen des Staates richten, dessen Recht für das einzelne Rechtsverhältniß maßgebend ist. Vergl. hierzu Niedner zu Art. 7 Anm. 1a und b.

[21]) Vergl. Cosack I § 27 Zusatz I.

[22]) Vergl. Dernburg PP. I S. 52 ff., Eccius I S. 59 ff., Gruchot Bd. 29 S. 869; für das BGB. Endemann I § 19 II 1, Niedner Anm. 1 zu Art. 11, abweichend Hölder Einleitung S. 49.

[23]) Ueber die Form siehe oben S. 10 unter 5.

[24]) Dernburg PP. I S. 55. Derselbe, Pand. I, § 48 S. 109, Koch Anm. zu § 33 Einl. zum ALR., Endemann I § 19, II 2, Cosack I § 120 Zusatz I, 1, Niedner Anm. 1 zu Art. 11. ROHG. Bd. 9 S. 8—9, Bd. 15 S. 212, RG. Bd. 6 S. 130—131, Bd. 24 S. 114 ff., Bd. 44 S. 154. Juristische Wochenschrift von 1894 S. 130 No. 55; abweichend Eccius I S. 62. Windscheid, Pandekten (6. Aufl.) I, § 35 S. 91.

[25]) ROHG. Bd. 14 S. 259. RG. Bd. 1 S. 126, Bd. 2 S. 13, Bd. 6 S. 25, Bd. 7 S. 21, Bd. 9 S. 225, Gruchot Bd. 24 S. 437, Dernburg PP. I S. 55, Eccius I S. 67 ff., Koch Anm. zu 33 Einl. zum ALR., Endemann I § 19 II, 3.

nach welchem die Abschaffung der Außerkurssetzung von Schuldverschreibungen auf den Inhaber derart rückwirkt, daß eine vor dem 1. Januar 1900 erfolgte Außerkurssetzung mit diesem Tage ihre Wirkung verliert.[1]) In Ermangelung einer ausdrücklichen Bestimmung ist es eine Frage der Auslegung des neuen Gesetzes, ob es seine Vorschriften auch auf die der Vergangenheit angehörigen Rechtsverhältnisse erstrecken will. Die Vermuthung spricht allgemein dagegen.[2]) Auch die für eine Handlung vorgeschriebene Form richtet sich im Zweifel nach dem zur Zeit ihrer Vornahme gültigen Gesetze. Bloße Hoffnungen und Erwartungen werden durch das alte Gesetz nicht gesichert; der Ausschluß der Rückwirkung bezieht sich nur auf wohlerworbene Rechte.

Der Satz, daß eine authentische Interpretation bei allen noch zu entscheidenden Rechtsfällen den Ausschlag giebt, ist in Wissenschaft und Gesetzgebung allgemein als richtig anerkannt. Er gilt auch ohne ausdrückliche Vorschrift.[3])

Auch über seine eigene zeitliche Wirksamkeit enthält das BGB. keine allgemeine Vorschrift. Es finden deshalb, soweit keine Einzelbestimmungen gegeben sind, die vorstehenden Grundsätze Anwendung. Dieselben sind mittelbar gebilligt durch die Vorschriften der Artikel 153—217 EG., welche auf dem Grundsatze der Nichtrückwirkung beruhen. Dieselben ergeben für das Verhältniß des BGB. zum alten Rechte die folgenden, nach dem Systeme des BGB. dargestellten

§ 6. Uebergangsvorschriften.[1])[2])

I. Allgemeiner Theil.

1. Personen.

EG. Artt. 153—156. a) Die Erledigung von Anträgen auf Volljährigkeitserklärung sowie auf Entmündigung wegen Geisteskrankheit oder Verschwendung, welche am 1. Januar 1900 noch schwebten, erfolgt unter Anwendung der Bestimmungen des BGB. Aber auch die Wirkung einer vor dem Inkrafttreten des BGB. erfolgten Volljährigkeitserklärung, sowie einer Entmündigung wegen Geisteskrankheit oder Verschwendung bestimmt sich nach dessen Vorschriften, nicht nach früherem Rechte (EG. Art. 153, 155, 156). So sind die vorher wegen Blödsinns Entmündigten vom 1. Januar 1900 an nicht nur in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, sondern geschäftsunfähig (§ 104 Nr. 3), sofern sie im Sinne des BGB. als geisteskrank (nicht als geistesschwach) anzusehen sind.

EG. Artt. 158 bis 161. b) Todeserklärung. Maßgebend ist der Zeitpunkt, in welchem das Verfahren anhängig geworden ist. Ist dies vor dem 1. 1. 1900 geschehen, so finden auf die Erledigung des Verfahrens und auf die Wirkung der Todeserklärung, mögen sie vor oder nach dem 1. 1. 1900 erfolgt sein, die bisherigen Gesetze Anwendung (EG. Art. 158, 161 Abs. 1, 3). Ausnahmsweise richten sich auch

---

[1]) Vergl. auch EG. zum HGB. Art. 26.

[2]) Siehe auch unten S. 18 Anm. 9.

[3]) M. I S. 23.

[1]) Vergl. hierzu insbesondere Habicht, die Einwirkung des BGB. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse, 2. Auflage (Jena 1900); Das EG. vom 18. 8. 96. Erläutert von A. Niedner (Berlin 1899); Fuchs, Die Uebergangsbestimmungen des EG. zum BGB. bei Gruchot Bd. 44 S. 1 ff.

[2]) Uebergangsvorschriften enthalten auch das EG. zum HGB. Art. 22—28 und EG. zum Gesetz über die Zwangsversteigerung § 15.

für eine vor dem 1. 1. 1900 erfolgte Todeserklärung nach dem BGB. die Endigung der elterlichen Gewalt (§§ 1679, 1684 Abs. 2, 1686), der Vormundschaft (§§ 1884, 1885, 1895, 1897), Pflegschaft (§§ 1915, 1921 Abs. 3, 1885), sowie des Amtes als Beistand (§§ 1694, 1895, 1885) und als Mitglied eines Familienraths (§§ 1878, 1885) (EG. Art. 160).[3])

EG. Artt. 163 bis 167.

c. Juristische Personen. Ihre Entstehung ist nach dem zur Zeit der Begründung geltenden Rechte zu beurtheilen. Nach dem BGB. bestimmt sich auch bei den am 1. 1. 1900 bereits bestehenden juristischen Personen ihre Verfassung, sowie ihre Auflösung (§§ 25—53, 85—89, EG. Art. 163, vergl. jedoch Art. 82). Sie müssen demnach ihre Satzungen mit den Vorschriften des BGB. in Uebereinstimmung bringen. Hervorzuheben ist, daß die Vorschrift über die Haftung aus zum Schadensersatze verpflichtenden Handlungen der Vertreter (§ 31) auch auf die am 1. 1. 1900 bereits bestehenden juristischen Personen einschließlich des Fiskus, sowie der Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechtes (§ 89 Abs. 1) Anwendung findet.

Für bestehende Realgemeinden und ähnliche Verbände, landschaftliche und ritterschaftliche Kreditanstalten bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften allgemein in Kraft (EG. Art. 164, 167).

2. Rechtsgeschäfte.

EG. Art. 200 Abs. 3.

a) Geschäfts- und Handlungsfähigkeit bestimmen sich nach dem zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäfts oder der Handlung geltenden Gesetze. In Kraft bleiben jedoch Beschränkungen der Geschäftsfähigkeit, welchen Ehefrauen nach bisherigem Rechte in Folge des Güterstandes oder der Ehe unterliegen, so lange der bisherige Güterstand besteht (EG. Art. 200 Abs. 3, vergl. § 1432). Bis dahin bleibt also nicht nur die durch den Güterstand bedingte, sondern auch die allgemeine Beschränkung der Geschäftsfähigkeit der Ehefrau bestehen.[4])

EG. Art. 168.

b) Eine am 1. 1. 1900 bestehende Verfügungsbeschränkung bleibt wirksam, auch wenn sie nach den Bestimmungen des BGB. unzulässig wäre (z. B. § 137). Doch finden auf derartige Verfügungsbeschränkungen gegenüber einem unter der Herrschaft des BGB. erfolgten Erwerbe dessen Vorschriften zu Gunsten derjenigen Anwendung, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten (EG. Art. 168, vergl. z. B. §§ 892, 932, 934).

3. Verjährung.

Grundsätzlich sind vom Inkrafttreten des BGB. an dessen Vorschriften auf jede noch nicht vollendete Verjährung anzuwenden (EG. Art. 169 Abs. 1 Satz 1).[5])

EG. Art. 169.

Im Uebrigen gilt folgendes:

Die vor dem 1. 1. 1900 vollendete Verjährung ist nach bisherigem Rechte zu beurtheilen. Die unter der Herrschaft des BGB. beginnende Ver-

---

[3]) Vergl. ferner unten S. 24 unter c.

[4]) Vergl. z. B. § 320 II, 1 ALR., Art. 215—225 Code civil. Für Preußen ist die Vorschrift des Abs. 3 Art. 200 in Folge der Bestimmungen der Art. 44 ff. AG. ohne wesentliche Bedeutung. Näheres hierüber siehe bei Stranz-Gerhard Vorbemerkung zu Artt. 44—67 Anm. 26 ff. Vergl. ferner Wieruszowski, die Geschäftsfähigkeit der Frau in den am 1. 1. 1900 bestehenden Ehen (Gruchot Bd. 44 S. 305 ff.).

[5]) Ausnahmsweise bestimmt sich nach bisherigem Rechte die Verjährung der Ansprüche aus den vor dem 1. 1. 1900 ausgestellten Schuldverschreibungen auf den Inhaber (EG. Art. 174 Abs. 2).

jährung richtet sich nach diesem, auch wenn der Anspruch schon vorher entstanden ist (vergl. z. B. § 201 Satz 2). Hat die Verjährung vor dem Inkrafttreten des BGB. begonnen, so bestimmen sich der Beginn sowie Hemmung und Unterbrechung in der Zeit bis 1. 1. 1900 nach den bisherigen Gesetzen (EG. Art. 269 Abs. 1 Satz 2), während von da an die Bestimmungen des BGB. allgemein Anwendung finden (Satz 1).

Wenn also die Verjährung nach dem neuen Gesetz unzulässig ist, so kann die begonnene Verjährung nicht vollendet werden. Wenn umgekehrt die Verjährbarkeit für einen bisher unverjährbaren Anspruch neu eingeführt wird, so unterliegt derselbe der Verjährung, welche mit dem 1. 1. 1900 beginnt. Dasselbe gilt, wenn die Erfordernisse der Verjährung vermindert werden und die minderen Erfordernisse am 1. 1. 1900 vorliegen.[6])

Wird die Verjährungsfrist verlängert, so wird die Verjährung erst mit dem Ablaufe der neuen längeren Frist vollendet, in welche die bis zum 1. 1. 1900 abgelaufene Zeit eingerechnet wird. Auch bei einer Verkürzung der Frist durch das BGB. findet die neue kürzere Frist Anwendung, doch wird dieselbe erst vom 1. 1. 1900 an berechnet. Nur wenn die bisherige längere Frist früher abläuft, als die neue kürzere, ist die Verjährung mit dem Ablaufe der ersteren vollendet (EG. Art. 169 Abs. 2).[7]) — Die Wirkung jeder nach Inkrafttreten des BGB. vollendeten Verjährung bestimmt sich nach dessen Vorschriften. —

Auf Ausschlußfristen, welche am 1. 1. 1900 noch nicht abgelaufen waren, finden die Vorschriften über die Verjährung keine Anwendung. Die Ausschlußfrist enthält eine Qualifikation des Anspruchs selbst, sie bleibt deshalb auch nach dem 1. 1. 1900 maßgebend. (EG. Art. 170.)[8])

II. Recht der Schuldverhältnisse.

1. Im Allgemeinen.

EG. Art. 170. Für ein Schuldverhältniß, das vor dem 1. 1. 1900 entstanden ist, bleiben die bisherigen Gesetze maßgebend, mag es auf einem Rechtsgeschäft unter Lebenden, auf einer unerlaubten Handlung oder auf einem sonstigen Rechtsgrunde beruhen (EG. Art. 170, vergl. Art. 213, 214 Abs. 2). Es bestimmen sich demnach nach früherem Rechte die Form des Rechtsgeschäfts, Inhalt und Umfang des Schuldverhältnisses, insbesondere auch die Ergänzung des Parteiwillens, durch die dispositiven Vorschriften des Gesetzes, Gegenstand, Zeit und Ort der Erfüllung.[9])[10])

---

[6]) MEGS. S. 254.

[7]) Beispielsweise verjähren die Ansprüche der Lehrherren wegen des Lehrgeldes, der Aerzte für ihre Dienstleistungen und Auslagen, der Rechtsanwälte, Notare wegen ihrer Gebühren und Auslagen und andere nach § 2 des preußischen Gesetzes vom 31. 3. 1838 in vier Jahren, nach dem BGB. (§ 196 Abs. 1 No. 14, 15) in zwei Jahren. Sind derartige Ansprüche im Jahre 1895 fällig geworden oder entstanden, so sind sie bei dem Inkrafttreten des BGB. verjährt. Rühren sie aus dem Jahre 1896 her, so verjähren sie mit dem Schlusse des Jahres 1900. Die Ansprüche aus den Jahren 1897, 1898 und 1899 verjähren mit dem Schlusse des Jahres 1901.

[8]) Ebenso Niedner Anm. 7 zu Art. 169, Habicht § 16 VII.

[9]) Das Versprechen eines Lohnes für eine Heirathsvermittlung begründete vor dem 1. 1. 1900 eine klagbare Verbindlichkeit. Der späteren Geltendmachung derselben steht gemäß EG. Art. 170 der § 656 nicht entgegen. Vergl. auch Cosack I S. 51. Ebenso ist der Einwand des Differenzgeschäfts gegen Ansprüche aus Geschäften, welche vor dem 1. 1. 1900 abgeschlossen sind, nach bisherigem Rechte, nicht nach § 764 zu beurtheilen. Uebereinstimmend Habicht § 19 No. 2. — Daraus, daß eine Vorschrift des BGB. eine

Ebenso muß sich die Wirkung rechtserheblicher Thatsachen, welche nach dem 1. 1. 1900 eintreten, wie Verzug, Unmöglichkeit der Erfüllung und dergl. gemäß Art. 170 EG. nach bisherigem Rechte bestimmen.[11]) Dagegen sind für

zwingende ist, folgt nicht ohne weiteres, daß sie auch auf ältere Schuldverhältnisse anzuwenden ist. Ob dies nach der Absicht des Gesetzgebers der Fall sein sollte, ist allerdings Frage der Auslegung (siehe oben § 5 unter II S. 15—16). Aber die Vermuthung spricht allgemein dagegen, und daß Art. 170 keine Ausnahme für zwingende Vorschriften bestimmt, darf gleichfalls nicht übersehen werden. Nur wenn der Wille des Gesetzgebers, einer zwingenden Vorschrift rückwirkende Kraft beizulegen, deutlich erkennbar ist, darf dieselbe auf ältere Schuldverhältnisse angewendet werden. (Grundsätzlich übereinstimmend Habicht § 28, Niedner Anm. 5 zu Art. 170, RG. Bd. 42 S. 99, Bd. 43 S. 25.) Eine solche Erkennbarkeit wird in Ermangelung einer ausdrücklichen Gesetzesvorschrift selten vorliegen. Unhaltbar ist die Ansicht von Staub (Allgemeine Einleitung §§ 10, 11 und Anm. 16 zu § 74 HGB., vergl. auch RG. vom 20. 9. 1900 in der JW. 1900 Nr. 80/81 S. 726), daß die Rückwirkung stets gewollt sei, wenn das neue Gesetz Zustände beseitige, die ihm aus sittlichen oder sozialen oder wirthschaftlichen oder politischen Gründen als unhaltbar erscheinen. Das hieße den Grundsatz der Rückwirkung zur allgemeinen Geltung bringen, denn auf einem dieser Gründe beruht schließlich jede Gesetzesänderung. Und wenn z. B. die Vorschrift der Gehaltszahlung am Schlusse jedes Monats (HGB. § 64) von noch so großer Bedeutung für die Handlungsgehilfen ist (Staub a. a. O.), so folgt daraus noch nicht, daß mit dem Inkrafttreten dieser Vorschrift eine früher vereinbarte vierteljährliche Gehaltszahlung unwirksam geworden ist. Für alle Bevölkerungsklassen ist es zunächst von größter Wichtigkeit, daß der Grundsatz der Rechtssicherheit aufrecht erhalten werde, auf dem der Ausschluß der Rückwirkung beruht. — Besonders ist davor zu warnen, jedem neuen Gesetze, das einem Verstoße gegen die guten Sitten entgegentreten will, ohne weiteres rückwirkende Kraft beizulegen. Es handelt sich hier vielfach um rein positive Vorschriften, die den allgemeinen Anschauungen über die guten Sitten nicht immer entsprechen. Ein Beispiel hierfür bietet der am Anfange dieser Anmerkung angeführte Fall. Bis zum 1. 1. 1900 enthielt nach der herrschenden Meinung die entgeltliche Heirathsvermittelung nicht ohne weiteres einen Verstoß gegen die guten Sitten; das Versprechen eines Lohnes für die Vermittelung war regelmäßig wirksam und klagbar. Die herrschende Meinung wird sich durch die positive Vorschrift des § 656 (vergl. KB. zu § 643c) seit dem 1. 1. 1900 nicht geändert haben. Sollte dies aber auch der Fall sein, so ist es doch ausgeschlossen, daß das vorher ohne Verstoß gegen die guten Sitten geschlossene Geschäft nachträglich als unsittlich behandelt wird. Vergl. auch Dernburg BR. II § 2 III, 3, Oberlandesgericht Stuttgart in der Deutschen Juristenzeitung 1900 No. 11 S. 256, Oberlandesgericht Kassel ebenda No. 13 S. 304, Reichsgericht in der Juristischen Wochenschrift 1900 No. 70/71 S. 637, 638.

[10]) Auch die Wirksamkeit gegen Dritte, welche ein Anspruch vor dem 1. 1. 1900 durch Eintragung in ein öffentliches Buch erlangt hat, richtet sich nach den bisherigen Gesetzen. (EG. Art. 179.) Sie bleibt also bestehen, auch wenn die Eintragung nach dem BGB. nicht zulässig gewesen wäre.

[11]) Gekünstelt und praktisch nicht verwerthbar ist die Unterscheidung der MEG. S. 256—57, nach denen es darauf ankommen soll, ob die Einwirkung der betreffenden Thatsache „gleichsam als innere Entwickelung des Schuldverhältnisses sich darstellt", oder ob die Thatsache „an das Schuldverhältniß von außen herantritt." In allen Fällen ist davon auszugehen, daß die Parteien bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts das geltende Recht vor Augen gehabt haben. Entscheidend ist, daß Art. 170 eine Ausnahme nicht kennt. Wie hier Habicht § 23, Dernburg BR. II § 2 unter 5, a. M. Niedner Anm. 3 zu Art. 170. Auch die Höhe der Verzugszinsen richtet sich bei den vor dem 1. 1. 1900 entstandenen Schuldverhältnissen nach früherem Rechte. Allerdings wird die entgegengesetzte Ansicht von der Mehrzahl der Gerichte und Schriftsteller vertreten. (Vergl. die Urtheile des RG. in der Juristischen Wochenschrift 1900 No. 31/32 S. 269 und in der Deutschen Juristenzeitung 1900 S. 141 No. 16, S. 253 No. 35, S. 301 No. 42, ferner Habicht § 23 III 2c, Niedner Anm. 3 zu Art. 170, Keyßner in der Deutschen Juristenzeitung 1900 No. 5 S. 113, vergl. auch Brettner ebenda No. 4 S. 90.) Sie stützt sich namentlich darauf, daß die Leistungspflicht beim Verzuge mit jeder neuen Zeiteinheit von neuem entstehe (RG.), und daß die Verzugszinsen sich als ein vom Schuldner zu erstattender Schaden darstellen, dessen Höhe kraft gesetzlicher Fiktion vom 1. 1. 1900 an nur 4 bezw. 5, statt bisher 5 oder 6 % betrage. (Habicht a. a. O.) Daß beide Gründe nur Scheingründe sind, haben insbesondere Hölder (Deutsche Juristenzeitung 1900 No. 5 S. 101) und Staub (ebenda No. 6 S. 126) zutreffend dargelegt. (Vergl. ferner Goldenring ebenda No. 6 S. 133,

das Erfüllungsgeschäft (z. B. die Auflassung) sowie für die das Erlöschen einer Forderung herbeiführenden selbständigen Rechtsgeschäfte (z. B. Hingabe an Zahlungsstatt, Erlaß, Hinterlegung) die Vorschriften des BGB. maßgebend, wenn sie nach dem Inkrafttreten desselben vorgenommen werden.

2. Einzelne Schuldverhältnisse.

EG. Artt. 171, 172.

a) Mieth-, Pacht- und Dienstverhältnisse richten sich gemäß Art. 170 EG. nach bisherigem Rechte. Werden sie aber nach dem Inkrafttreten des BGB. nicht zum ersten zulässigen Termine gekündigt, so bestimmen sie sich von diesem an nach dem BGB. (EG. Art. 171.)[12]) Die Rechte eines älteren Miethers oder Pächters gegenüber dem, welcher nach Inkrafttreten des BGB. das Grundstück oder ein Recht am Grundstück erwirbt, richten sich nach dem BGB. (§§ 571 ff.), doch bleiben weitergehende Rechte, die sich aus den bisherigen Gesetzen ergeben, unberührt. (EG. Art. 172.)[13])[14])

EG. Art. 173.

b) Auf eine am 1. 1. 1900 bestehende Gemeinschaft nach Bruchtheilen (§§ 741 ff.) findet von da an das BGB. Anwendung (EG. Art. 173).

EG. Artt. 174 bis 178.

c) Für Schuldverschreibungen auf den Inhaber, welche vor dem 1. 1. 1900 ausgestellt sind, gilt folgendes:

Das BGB., speziell die nachstehend angezogenen Bestimmungen, finden Anwendung auf die Verpflichtung des Ausstellers zur Ertheilung eines neuen Papiers an Stelle des alten (§ 798), die Umschreibung auf den Namen eines bestimmten Berechtigten (§ 806 Satz 1), die Kraftloserklärung (§§ 799, 800), die Hemmung der Vorlegungsfrist und der Verjährung durch die Zahlungssperre (§ 802), den Anspruch auf Leistung aus abhanden gekommenen oder vernichteten Zins-, Renten- oder Gewinnantheilscheinen (§ 804) (EG. Art. 174 Abs. 1). Für Legitimationspapiere mit benanntem Gläubiger (§ 808) gelten die Vorschriften des Abs. 2 Satz 2 und 3 des § 808 und der Art. 102 Abs. 2 EG., d. h. sie können aufgeboten werden, auch wenn dies nach bisherigem Rechte unzulässig wäre, sofern das letztere nicht für die Kraftloserklärung ein anderes Verfahren bestimmt (EG. Art. 177). Die Außerkurssetzung von Schuldverschreibungen auf den Inhaber ist vom 1. 1. 1900 an aufgehoben;

Stranz-Gerhard Anm. 5 zu Art. 10, Staub Anm. 17 zu § 352 HGB.) Die Verpflichtung zur Zahlung von Verzugszinsen beruht auf dem Schuldverhältnisse. Wenn also auch der Verzug erst nach dem Inkrafttreten des BGB. eintritt oder sich nach demselben fortsetzt, so bildet doch die daraus entstehende Verpflichtung zur Zahlung von Verzugszinsen einen Bestandtheil des vorher entstandenen Schuldverhältnisses, für welches nach Art. 170 die bisherigen Gesetze maßgebend bleiben. Danach muß auch für die Fiktion, daß der Gläubiger einen Schaden in Höhe des gesetzlichen Zinsfußes erlitten habe, das alte, nicht das neue Gesetz gelten.

[12]) Z. B. ist das Miethverhältniß bei Wohnungen, wenn es nicht bis zum 4. 1. 1900, oder bei vertragsmäßiger Festsetzung der Kündigungsfrist zum ersten nach dem Vertrage zulässigen Termine gekündigt worden ist, vom 1. 4. 1900, bezw. vom ersten nach dem Vertrage zulässigen Termin an nach dem BGB. zu beurtheilen.

[13]) So wird z. B. das Recht zur Sache, welches dem Miether bei einem vor dem 1. 1. 1900 geschlossenen, aber durch Uebergabe noch nicht vollzogenen Miethvertrage gemäß § 359 I, 21, § 5 I, 19 zusteht, auch einem späteren Erwerber gegenüber geschützt.

[14]) Näheres über die zahlreichen aus Artt. 171, 172 sich ergebenden Zweifelsfragen siehe bei Habicht § 31, Niedner zu Artt. 171, 172, Taube im Sächsischen Archiv für bürgerliches Recht Bd. 8 S. 425 ff., Bechmann in Seufferts Blätter für Rechtsanwendung 64. Jahrgang S. 480 ff., v. Zimmermann, ebenda, 65. Jahrgang S. 57 ff., Brückner im Recht 4. Jahrgang S. 113 ff.

eine vorher erfolgte Außerkurssetzung hat mit dem gedachten Tage ihre Wirkung verloren (EG. Art. 176).

Die bisherigen Gesetze gelten für die Kraftloserklärung und die Zahlungssperre bei den auf Sicht zahlbaren unverzinslichen Schuldverschreibungen auf den Inhaber, sowie bei Zins-, Renten- und Gewinnantheilscheinen (EG. Art. 174 Abs. 1 Satz 2), für die Verjährung unbeschadet der Vorschrift des § 802 (EG. Art. 174 Abs. 2), für Zins-, Renten- und Gewinnantheilscheine, die nach dem 1. 1. 1900 für vorher ausgestellte Inhaberpapiere ausgegebenen sind (EG. Art. 175), endlich für das am 1. 1. 1900 bereits anhängige die Kraftloserklärung oder die Zahlungssperre bei Schuldverschreibungen auf den Inhaber oder bei den Urkunden des § 808 betreffende Verfahren einschließlich der Wirkungen des Verfahrens und der Entscheidung (EG. Art. 178).

III. Sachenrecht.

1. Besitz und Eigenthum.

Für Besitz und Eigenthum, welche beim Inkrafttreten des BGB. bereits bestehen, gelten, abgesehen von dem nach früherem Rechte zu beurtheilenden Erwerbe derselben, vom 1. 1. 1900 an in allen Beziehungen die Vorschriften des BGB. (EG. Artt. 180, 181 Abs. 1).[15] Ausnahmen bestimmen bezüglich des Mehreren nicht nach Bruchtheilen zustehenden Miteigenthums und des Sondereigenthums an stehenden Erzeugnissen eines Grundstücks (Abweichungen von §§ 1008 ff. und §§ 93, 94) Art. 181 Abs. 2, bezüglich des Schutzes im Besitze von Grunddienstbarkeiten und unbeschränkten persönlichen Dienstbarkeiten Art. 191 Abs. 2, für das Stockwerkseigenthum des französischen Rechtes Art. 182 und für mit Wald bestandene Grundstücke Art. 183 des EG.

EG. Artt. 180 bis 183.

Auf die am 1. 1. 1900 noch nicht vollendete Ersitzung des Eigenthums einer beweglichen Sache finden die Vorschriften über die Verjährung entsprechende Anwendung (EG. Art. 185).

EG. Art. 185.

2. Rechte an Sachen und Rechten.

Rechte an Sachen und Rechten, welche beim Inkrafttreten des BGB. bereits bestanden, bleiben grundsätzlich mit dem sich aus den bisherigen Gesetzen ergebenden Inhalt und Range bestehen (über Hypotheken und Grundschulden siehe unter 3). Nur gelten vom 1. 1. 1900 an für ein Erbbaurecht § 1017, für Grunddienstbarkeiten §§ 1020—1028 (EG. Art. 184). Auf die zu dieser Zeit noch nicht vollendete Ersitzung des Nießbrauchs an einer beweglichen Sache finden gleichfalls die Vorschriften über die Verjährung entsprechende Anwendung (EG. Art. 185).[16]

EG. Art. 184.

3. Sondervorschriften für Eigenthum und dingliche Rechte an Grundstücken.

Für das Eigenthum und die dinglichen Rechte an Grundstücken, sowie die Rechte an solchen Rechten ist in verschiedenen Beziehungen nicht der 1. 1. 1900,

---

[15] Dies gilt besonders für den Inhalt des Eigenthums (§§ 903 ff.) und die aus dem Eigenthum als solchem fließenden Ansprüche (§§ 985, 1004). Vergl. hierüber die sehr instruktive Entscheidung des RG. in der Juristischen Wochenschrift 1900 Nr. 63/64 S. 561, in der zutreffend ausgeführt ist, daß auch auf einen vor dem Inkrafttreten des BGB. begonnenen Ueberbau vom 1. 1. 1900 an die Vorschriften des BGB. anzuwenden sind. AM. Dernburg II § 82 II, 4, Fuchs bei Gruchot Bd. 44 S. 21.

[16] Ueber landesgesetzliche Vorbehalte bezüglich vererblicher und übertragbarer Nutzungsrechte an Grundstücken und gewisser bäuerlicher Nutzungsrechte vergl. Artt. 196, 197.

sondern der Zeitpunkt maßgebend, in welchem das Grundbuch als angelegt anzusehen ist.

EG. Art. 186. Die früher geführten Grundbücher sind nämlich an sich keine Grundbücher im Sinne des BGB. Das Verfahren bei Anlegung der letzteren[17]), sowie der Zeitpunkt, in welchem das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, werden für jeden Bundesstaat durch landesherrliche Verordnung bestimmt (EG. Art. 186 Abs. 1). Dieser Zeitpunkt braucht nicht gleichmäßig für den ganzen Bundesstaat, er kann vielmehr auch bezirksweise festgesetzt werden.

In dem Bezirk, in welchem das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, gilt es auch für die Grundstücke als angelegt, die noch kein Blatt im Grundbuche haben, soweit sie nicht durch besondere Anordnung ausgenommen sind (EG. Art. 186 Abs. 2).

Diese Vorschriften schließen nicht aus, daß die bisher geführten Grundbücher durch die landesherrliche Verordnung für Grundbücher im Sinne des BGB. erklärt werden (Grundbuchordnung § 87)[18]).

Der Zeitpunkt, in welchem das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, ist in folgenden Beziehungen von Bedeutung:

EG. Art. 189. a) Erst mit ihm — nicht ohne weiteres am 1. 1. 1900 — treten die Vorschriften des BGB. über Erwerb und Verlust des Eigenthums, über Begründung, Uebertragung, Belastung und Aufhebung von dinglichen Rechten an Grundstücken oder von Rechten an solchen Rechten, sowie über Aenderung des Inhalts und Ranges dieser Rechte in Kraft, und zwar immer nur für den Bezirk, für welchen das Grundbuch als angelegt erklärt wird (EG. Artt. 189 Abs. 1 Satz 1 und 2, 186).[19]) Bis zu dem fraglichen Zeitpunkte gelten in dem angegebenen Umfange die bisherigen Gesetze.[20])

Von dieser Regel sind nur zwei Ausnahmen gemacht. Einerseits bleiben für die Aufhebung von Rechten, mit welchen ein Grundstück oder ein Recht an einem Grundstück in fraglicher Zeit belastet ist, die bisherigen Gesetze in Kraft, bis das Recht in das Grundbuch eingetragen wird (EG. Art. 189 Abs. 3). Andererseits können Rechte, welche nach dem BGB. unzulässig sind, vom 1. 1. 1900 an keinesfalls mehr begründet werden (EG. Art. 189 Abs. 1 Satz 3)[21]).

---

[17]) Die Grundbuchordnung (vergl. §§ 1—8, 84—92) enthält nur wenige Vorschriften über die Einrichtung der Grundbücher, während sie im Uebrigen die erforderlichen Anordnungen den Landesjustizverwaltungen bezw. landesherrlichen Verordnungen überläßt.

[18]) Für den größten Theil der Preußischen Monarchie ist nach Art. 3 der Verordnung betreffend das Grundbuchwesen vom 13. 11. 1899 das Grundbuch mit dem Inkrafttreten des BGB. als angelegt anzusehen. Die früher geführten Bücher gelten als Grundbücher im Sinne der Reichsgesetze. Hier fällt also der Zeitpunkt, in welchem das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, mit dem Inkrafttreten des BGB. zusammen.

[19]) Auch für die Anwendung des Art. 169 EG. auf die nach § 900 zulässige Ersitzung kommt es nicht darauf an, ob der Besitzer am 1. 1. 1900 als der Berechtigte im Grundbuch eingetragen, und ob an diesem Tage die Ersitzung noch nicht vollendet, sondern ob dies in dem hier fraglichen Zeitpunkte der Fall war (EG. Art. 189 Abs. 2). Ebenso tritt das Aneignungsrecht des Fiskus nach § 928 Abs. 2 nicht mit dem 1. 1. 1900, sondern mit dem Zeitpunkt in Kraft, in welchem das Grundbuch als angelegt anzusehen ist (EG. Art. 190). Von derselben Zeit an gelten für den Schutz im Besitze von Grunddienstbarkeiten und beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten zufolge EG. Art. 191 nach Maßgabe des Abs. 2 dieses § die Vorschriften des BGB.

[20]) Dies bezieht sich nur auf die die Rechtsänderung unmittelbar bezweckenden Rechtsgeschäfte (z. B. Auflassung, Eintragung einer Hypothek). Für die denselben zu Grunde liegenden obligatorischen Rechtsgeschäfte gilt vom 1. 1. 1900 an das BGB. (vergl. MEG. S. 271).

[21]) Auch die Grundbuchordnung, abgesehen von den Bestimmungen über die Anlegung des Grundbuchs, und das Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung,

b) Mit dem Augenblicke der Erklärung eines bisher geführten Grundbuchs zum Grundbuch im Sinne des BGB. verlieren die vorhandenen Eintragungen ihre frühere Bedeutung und erhalten ausschließlich die Wirkung, welche ihnen das BGB. und das EG. beilegen (vergl. z. B. §§ 891—893, siehe unter c). Jedoch bedürfen Grunddienstbarkeiten, welche zur fraglichen Zeit bestehen, zur Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs der Eintragung nicht, sofern dies nicht landesgesetzlich bestimmt wird. Der Berechtigte oder der Eigenthümer des Grundstücks können aber die Eintragung verlangen (EG. Art. 187). **EG. Artt. 187, 188.**

Ferner kann durch landesherrliche Verordnung bestimmt werden, daß zur fraglichen Zeit bestehende gesetzliche Pfandrechte längstens bis zum 1. 1. 1910, Mieth- und Pachtrechte unbegrenzt zur Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs der Eintragung nicht bedürfen (EG. Art. 188).[22] [23])

c) Von dem in Rede stehenden Zeitpunkt an gelten bestehende Hypotheken als Hypotheken, für welche die Ertheilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen ist (§ 1116 Abs. 2, EG. Art. 192 Abs. 1 Satz 1), Kautionshypotheken als Sicherungshypotheken (§§ 1184, 1190, EG. Art. 192 Abs. 1 Satz 2), Grundschulden und Grundschuldbriefe als solche im Sinne des BGB. (§§ 1191 ff., EG. Art. 195 Abs. 1 Satz 1). Revenuen-Hypotheken und Grundschulden[24]) bleiben als solche bestehen (EG. Artt. 192 Abs. 2, 195 Abs. 1 Satz 2). Es kann jedoch durch Landesgesetz bestimmt werden, daß die bisherigen Hypotheken als solche, für welche die Ertheilung des Hypothekenbriefs nicht ausgeschlossen ist (Briefhypotheken), und daß die bisherigen Hypothekenbriefe als solche im Sinne des BGB. gelten sollen (EG. Art. 193). Auch können Grundschulden und Grundschuldbriefe des älteren Rechtes durch Landesgesetz zu Briefhypotheken und Hypothekenbriefen oder zu Sicherungshypotheken im Sinne des BGB. (EG. Art. 195 Abs. 2), Hypotheken, welche an sich nicht als Sicherungshypotheken gelten, zu solchen erklärt werden (EG. Art. 193).[25]) Endlich kann durch Landes- **EG. Artt. 192 bis 195.**

---

soweit es nicht die Schiffe betrifft, treten für jeden Grundbuchbezirk mit dem Zeitpunkt in Kraft, in dem das Grundbuch als angelegt anzusehen ist (Grundbuchordnung § 82 Abs. 1, EG. zum Ges. über die Zwangsversteigerung § 1 Abs. 1).

[22]) Von den Vorbehalten der Artt. 187, 188 ist in Preußen kein Gebrauch gemacht. Vergl. Begründung zum E. des AG. (Materialien des Preuß. AG. Berlin 1899 Carl Heymann) S. 92 zu Art. 21.

[23]) Die Vorschrift des Art. 192 bezieht sich nur auf die an einem Grundstücke bestehenden Pfandrechte, nicht auch auf andere mit denselben etwa verbundene dingliche Rechte. Die Antichrese des preußischen Rechtes (§§ 139 ff. I, 20 ALR.) ist nicht ein Pfandrecht am Grundstücke, sondern ein neben demselben bestehendes dingliches Verwaltungs- und Nutzungsrecht (vergl. die Marginalien zu § 139 und § 224 I, 20 ALR., § 12 Abs. 2 der Preuß. GBO. und die Entscheidung des RG. in der Juristischen Wochenschrift 1900 No. 35/37 S. 113 No. 9), auf welches Art. 184 Anwendung findet. Bestand also beim Inkrafttreten des BGB. eine mit einer Hypothek oder Grundschuld verbundene Antichrese, so haben sich Hypothek und Grundschuld mit diesem Zeitpunkt in solche des BGB. verwandelt (Artt. 192, 195), während die Antichrese mit ihrem bisherigen Inhalt und Range bestehen geblieben ist (Art. 184). Die Ansicht, daß die Antichrese mit dem 1. 1. 1900 ihre Wirksamkeit verloren und als Pfandrecht am Grundstücke sich nach Art. 192 in eine Hypothek des BGB. verwandelt habe, geht hiernach von unzutreffenden Voraussetzungen aus und ist deshalb irrig. Wie hier die Entscheidungen des Kammergerichts in den Blättern für Rechtspflege im Bezirke des Kammergerichts 1900 No. 7 S. 69 und in der Deutschen Juristenzeitung 1900 S. 233 No. 10, Oberneck, Reichsgrundbuchrecht, 2. Aufl. (Berlin 1900) § 113 unter 5, Wilde in der Deutschen Juristenzeitung 1900 No. 9 S. 204. A. M. Freudenthal ebenda No. 7 S. 162, No. 12 S. 270, Habicht § 44 III A. I S. 469 und S. 731, Niedner Anm. 2 zu Art. 192, Stranz-Gerhard Anm. 1 zu Art. 33 AG.

[24]) Vergl. Dernburg PR I S. 823.

[25]) Nach Art. 33 des Preußischen AG. (§§ 1, 2 Abs. 1) gilt eine zu der Zeit, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, bestehende Hypothek als Briefhypothek,

gesetz bestimmt werden, daß die Gläubiger der zur fraglichen Zeit bestehenden Hypotheken und Grundschulden berechtigt sind, die Löschung vor- oder gleichstehender Pfandrechte zu verlangen, falls diese sich mit dem Eigenthum in einer Person vereinigen (EG. Art. 194).[26]) Im Uebrigen bleiben die bestehenden Rangverhältnisse unberührt (EG. Art. 184).

IV. Familienrecht.

1. Bürgerliche Ehe.

a) Die formellen und materiellen Voraussetzungen sowie die Wirkungen eines vor dem 1. 1. 1900 erfolgten Verlöbnisses bestimmen sich nach den bisherigen Gesetzen.

EG. Art. 198. b) Dasselbe gilt für die formellen und materiellen Voraussetzungen der vor dem 1. 1. 1900 erfolgten Eheschließung (EG. Art. 198 Abs. 1). Doch wird die Gültigkeit einer Ehe, wenn die Ehegatten am 1. 1. 1900 noch miteinander leben,[27]) nach denjenigen Gesetzen beurtheilt, nach welchen die Ehe am besten aufrecht zu erhalten ist (EG. Art. 198 Abs. 2).[28]) Nach bisherigem Rechte bestimmen sich auch die rechtlichen Wirkungen einer nichtigen oder ungültigen Ehe für den gutgläubigen Theil. Eine nach bisherigem Rechte erfolgte Ungültigkeitserklärung steht der Nichtigkeitserklärung des BGB. gleich (EG. Art. 198 Abs. 3).

EG. Art. 159. c) Die Auflösung einer Ehe durch Todeserklärung des einen Theiles bezw. durch Abschluß einer neuen Ehe Seitens des anderen Theiles, die Zulässigkeit der Wiederverheirathung und die Anfechtung der neuen Ehe, weil der für todt Erklärte noch am Leben ist, bestimmen sich nach den Vorschriften des BGB. (§§ 1348—1352, EG. Art. 159).

EG. Art. 199. d) Die persönlichen Rechtsbeziehungen der Ehegatten zu einander (z. B. die hausherrliche Gewalt, die Schlüsselgewalt, die Unterhaltspflicht) richten sich vom 1. 1. 1900 an auch bei bestehenden Ehen nach den Vorschriften des BGB. (§§ 1353 ff., EG. Art, 199). Bezügliche Verträge, welche zwingenden Vorschriften des letzteren widersprechen, verlieren ihre Wirksamkeit.[29])

---

wenn über sie nach den geltenden Vorschriften ein Hypothekenbrief gebildet oder zu bilden ist. Ein vor der bezeichneten Zeit gebildeter Hypothekenbrief gilt als Hypothekenbrief im Sinne der Reichsgesetze. Jedoch finden diese Vorschriften auf Kautionshypotheken keine Anwendung. Die Einzelheiten siehe bei Stranz-Gerhard zu Art. 33; vergl. auch Oberneck, Reichsgrundbuchrecht § 3 unter 6, Habicht § 44.

[26]) Der Vorbehalt ermöglicht, im Interesse der nachstehenden älteren Gläubiger die Entstehung einer Eigenthümerhypothek nach den Vorschriften des BGB. da zu verhindern, wo nach bisherigem Rechte Löschung der vorstehenden und Vorrücken der nachstehenden Post eintrat. Für das preußische Recht hätte der Vorbehalt Bedeutung gehabt in den Fällen, in denen nach dem BGB. eine Eigenthümerhypothek entsteht, während dies nach dem Gesetze vom 5. 5. 1872 nicht der Fall war (vergl. z. B. §§ 1163, 1168, 1169, Gesetz vom 5. 5. 1872 §§ 63—67). Das Preuß. AG. hat jedoch von dem Vorbehalte keinen Gebrauch gemacht.

[27]) Vergl. § 1324 Abs. 2, Prot. VI S. 531.

[28]) Ist z. B. eine Ehe vor dem 1. 1. 1900 von einer als Standesbeamten fungierenden Person geschlossen, der aber aus irgend einem Grunde die Eigenschaft eines Standesbeamten fehlte, so würde sie nach bisherigem Rechte nichtig sein. Sie ist jedoch nach § 1319, EG. Art. 198 Abs. 2 gültig, wenn die Ehegatten am 1. 1. 1900 noch miteinander leben. — Unter derselben Voraussetzung kann eine vor dem Inkrafttreten des BGB. von einem nicht Ehemündigen mit Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters geschlossene Ehe nicht mehr angefochten werden, obwohl sie nach 970 II. 1 ALR. ungültig wäre. — Die Anfechtungsfrist des § 1339 beginnt frühestens mit dem 1. 1. 1900 (EG. Art. 198 Abs. 2 Satz 2).

[29]) Vergl. z. B. § 682 II 1 ALR. und § 1354 Abs. 1 BGB.

e) **Eheliches Güterrecht.** Die vor dem 1. 1. 1900 erfolgte vertragsmäßige Regelung des Güterstandes bleibt unberührt. Auch für den auf Gesetz beruhenden Güterstand bestehender Ehen bleiben einschließlich seiner erbrechtlichen Wirkungen[30]) die bisherigen Gesetze maßgebend (EG. Art. 200 Abs. 1).[31]) Eine vertragsmäßige Regelung des Güterstandes in Uebereinstimmung mit den Vorschriften des BGB. (§§ 1432 ff.) ist vom 1. 1. 1900 an unbedingt zulässig (EG. Art. 200 Abs. 2.)[32])[33]) **EG. Art. 200.**

f) **Scheidung der Ehe.**[34]) Die Scheidung und die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erfolgen, und zwar auch in rechtshängigen Sachen,[35]) vom 1. 1. 1900 an ausschließlich nach den Vorschriften des BGB. (§§ 1564 ff., 1575 ff.), also nur aus einem von diesem anerkannten Grunde (EG. Art. 201 Abs. 1). Jedoch kann auf Grund einer Verfehlung, deren sich ein Ehegatte vor dem 1. 1. 1900 schuldig gemacht hat, auf Scheidung oder Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nur dann erkannt werden, wenn diese Verfehlung auch nach den bisherigen Gesetzen einen Scheidungs- oder Trennungsgrund bildete (EG. Art. 201 Abs. 2).[36]) **EG. Art. 201.**

Die Scheidung wegen Geisteskrankheit richtet sich vom 1. 1. 1900 an unbedingt nach § 1569. (EG. Art. 201 Abs. 2.)[37])

---

[30]) Vergl. Preuß. AG. Artt. 46 § 2, 50 § 2, 51 § 4, 52 § 2, 53 § 6, 54 § 4, 55 § 3.

[31]) Für Preußen ist in Art. 44 AG. bestimmt, daß für den Güterstand der am 1. 1. 1900 bestehenden Ehen, wenn die Ehegatten zu der bezeichneten Zeit ihren Wohnsitz in Preußen haben, von dieser Zeit an an die Stelle der bisherigen Gesetze die Vorschriften des BGB. treten. Die Ueberleitung im Einzelnen regeln die Artt. 45—67 AG. Vergl. hierzu Stranz-Gerhard, Vorbemerkung zu Art. 44—67 und die Erläuterungen zu diesen Artikeln, Habicht § 49, Kuhbier, die Ueberleitung der bestehenden Ehen unter das neue Recht (Breslau 1900), Lessing im Sächsischen Archiv für bürgerliches Recht Bd. 8 S. 587 ff. — Irrig ist die Ansicht von Stranz-Gerhard Vorbemerkung zu Artt. 44—67 AG. Anm. 1 ff., Anm. 6 (siehe auch Niedner Anm. II 6 zu Art. 200), daß die Vorschriften der Artt. 44 ff. des Preuß. AG. auf dem Vorbehalte des Art. 218 beruhen. Dieser bezieht sich nur auf die Zeit nach dem Inkrafttreten des BGB. Vor diesem Zeitpunkte war die Landesgesetzgebung ohnehin zu jedem Eingriff in die bestehenden Güterstände zuständig (vergl. MEG. S. 286). Die Bestimmungen des AG. vom 20. 9. 1899 sind die „bisherigen Gesetze" im Sinne des Art. 200.

[32]) Eine — dem BGB. fremde — Einkindschaft, welche nach preußischem Rechte nicht einen Bestandtheil des bestehenden Güterrechts bildete (vergl. Dernburg PP. III S. 209, Eccius IV § 221), kann seit dem 1. 1. 1900 nicht mehr begründet werden.

[33]) Ueber die Geschäftsfähigkeit der Ehefrau (Art. 200 Abs. 3) siehe oben S. 17 unter 2a.

[34]) Gerhard, die Ehescheidungsgründe des BGB. und ihre rückwirkende Kraft (Berlin 1899, Siemenroth & Troschel); Nöldecke, die rückwirkende Kraft des zukünftigen Ehescheidungsrechts (Deutsche Juristen-Zeitung 1899 Nr. 20 S. 407).

[35]) Gleichgültig ist es, ob die Sache in erster oder in zweiter Instanz anhängig ist. Auch das Berufungsgericht im Falle des § 565 Abs. 1 CPO. und das Revisionsgericht im Falle des § 565 Abs. 3 Nr. 1 haben das neue Recht anzuwenden. Dagegen erfolgt in der Revisionsinstanz die Prüfung, ob ein vor dem 1. 1. 1900 erlassenes Berufungsurtheil auf einer Gesetzesverletzung beruht (CPO. §§ 549, 550), auf Grund des in der Berufungsinstanz zur Anwendung gebrachten alten Rechtes, nicht des BGB. So zutreffend RG. Bd. 45 S. 96 ff., S. 421.

[36]) Es genügt nicht, daß die Verfehlung nach den bisherigen Gesetzen in abstracto ein Scheidungsgrund war. Sie hätte auch in dem konkreten Falle zur Scheidung führen müssen. Hatte sie die Kraft als Scheidungsgrund schon unter dem früheren Rechte z. B. durch Kompensation (§ 719 II, 1 ALR.) verloren, so kann die Scheidung auch unter dem neuen Rechte nicht mehr erfolgen. Urtheil des RG. in der Juristischen Wochenschrift 1900 Nr. 52, 53 S. 465, Nr. 70, 71 S. 642.

[37]) Ueber die Berechnung der Fristen des § 1571 bei Verfehlungen vor dem 1. 1. 1900 enthält das Gesetz keine Bestimmung. Mangels einer solchen können dieselben, insbesondere auch die sechsmonatige Frist zur Anstellung der Klage, nicht vor dem Inkrafttreten des

Die **Vermögensauseinandersetzung** der geschiedenen Eheleute richtet sich nach dem früheren Rechte (EG. Art. 200).[38] Für die weiteren Rechtsbeziehungen der geschiedenen Ehegatten (§§ 1577 ff.) ist das zur Zeit der Scheidung geltende Recht maßgebend.[39]

2. Verwandtschaft.

a) **Eheliche Abstammung.** Ob ein vor dem 1. 1. 1900 geborenes Kind als eheliches oder uneheliches zu gelten hat, ist nach den bisherigen Gesetzen zu beurtheilen. Demgemäß bestimmt sich auch die Anfechtung der Ehelichkeit nach früherem Rechte.

EG. Artt. 203 bis 205. b) Dagegen richten sich die Wirkungen der ehelichen Abstammung, **das Rechtsverhältniß zwischen Eltern und Kindern**, vom 1. 1. 1900 an nach den Vorschriften des BGB. (§§ 1305, 1601 ff., 1616 ff. EG. Art. 203). Dies gilt insbesondere auch bezüglich der elterlichen Gewalt und des Kindesvermögens. Hiernach haben z. B. mit dem 1. 1. 1900 aufgehört: die väterliche Gewalt über großjährige Kinder (BGB. § 1626), die Vormundschaft über vaterlose Minderjährige, deren Mutter lebt, da dieselben unter die elterliche Gewalt der Mutter kommen (§§ 1684, 1773),[40] der Nießbrauch an dem nichtfreien Vermögen des großjährigen Kindes (BGB. §§ 1649, 1626). Da die Entziehung der Nutznießung nach dem BGB., abgesehen von dem Falle des § 1666 Abs. 2, nicht mehr zulässig ist, so ist eine solche, falls die Voraussetzungen dieses Paragraphen nicht vorliegen, auf Antrag vom Vormundschaftsgericht aufzuheben (EG. Art. 204 Abs. 2). Dagegen bleibt eine vor dem 1. 1. 1900 erfolgte Beschränkung in der Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes durch die zuständige Behörde in Kraft;[41] sie kann aber nach § 1671 aufgehoben werden (EG. Art. 204 Abs. 1). Privatdispositionen über Verwaltung und Nießbrauch des Vaters bei Zuwendungen an das Kind bleiben auch nach dem 1. 1. 1900 in Kraft, soweit sie nach dem BGB. zulässig sind.

EG. Art. 206. Nach den bisherigen Gesetzen richten sich Recht und Pflicht der Eltern, für die Person der Kinder aus einer vor dem 1. 1. 1900 durch Scheidung oder Todeserklärung aufgelösten Ehe zu sorgen. Doch kann im Falle der Scheidung

---

BGB. beginnen (vergl. Art. 198 Abs. 2 Satz 2, a. M. Gerhard a. a. O. S. 36 ff.). War z. B. die Frist des § 721 II, 1 vor dem 1. 1. 1900 abgelaufen, so gilt die Verfehlung als verziehen und kann auch nach dieser Zeit als Scheidungsgrund nicht mehr geltend gemacht werden. War jene Frist am 1. 1. 1900 noch nicht abgelaufen, so konnte die Klage bis zum 1. Juli 1900 angestellt werden, mag die einjährige Frist des § 721 II, 1 früher oder später ablaufen. Eine Anwendung des Art. 169 EG. auf die Ausschlußfristen des § 1571 (Fischer-Henle Anm. 1 zu Art. 201 EG., Habicht § 50 II S. 572, Niedner Anm. 4 zu Art. 201) erscheint nicht zulässig.

[38]) In Preußen richtet sich die Vermögensauseinandersetzung nur dann nach altem Rechte, wenn die Ehe auf Grund einer vor dem 1. 1. 1900 erhobenen Klage geschieden wird. (Preuß. AG. Art. 59 § 6 Abs. 2.) Ist die Klage später erhoben, so kommen die Vorschriften des BGB. nach Maßgabe der Artt. 45 ff. AG. zur Anwendung. (Vergl. Stranz-Gerhard Vorbemerkung zu Artt. 44—67 Anm. 38, 39, Habicht § 50 IV, 2.)

[39]) Ueber die Wirkungen einer Trennung von Tisch und Bett vergl. EG. Art. 202.

[40]) Hatte der vor dem 1. 1. 1900 verstorbene Vater die Mutter von der Vormundschaft ausgeschlossen, so ist derselben ein Beistand zu bestellen. (EG. Art. 205, BGB. § 1687 ff.)

[41]) Anders wenn die Beschränkung oder Verwirkung der väterlichen Gewalt unmittelbar in Folge einer gesetzlichen Vorschrift aus einem Grunde eingetreten ist, der nach dem BGB. die Beschränkung oder Verwirkung nicht mehr zur Folge hat. Dann kommt Art. 203 S. 1 zur Anwendung, d. h. der Vater hat mit dem 1. 1. 1900 die väterliche Gewalt wieder erlangt. (Kammergericht in der Deutschen Juristenzeitung 1900 S. 49 No. 1.)

das Vormundschaftsgericht aus besonderen Gründen im Interesse des Kindes Anordnungen treffen, welche von den bisherigen gesetzlichen Vorschriften abweichen. Auch behält in allen Fällen der Vater das Recht zur Vertretung des Kindes, jeder Ehegatte das Recht des persönlichen Verkehrs mit dem Kinde (EG. Art. 206, BGB. § 1635 Abs. 1 S. 2, Abs. 2, § 1636).

EG. Art. 207. c) Ob die Kinder aus einer vor dem 1. 1. 1900 geschlossenen nichtigen oder ungültigen Ehe als eheliche Kinder gelten, ist, mögen sie vor oder nach dem Inkrafttreten des BGB. geboren sein, nach den bisherigen Gesetzen zu beurtheilen. Dasselbe gilt von der Frage, ob der Vater und die Mutter die Rechte und Pflichten ehelicher Eltern haben (EG. Art. 207). Im Uebrigen ist auch hier für das Rechtsverhältniß zwischen den Eltern und den als ehelich geltenden Kindern das BGB. maßgebend (EG. Art. 203).

EG. Art. 208. d) Hinsichtlich der vor dem 1. 1. 1900 geborenen unehelichen Kinder regeln sich die Erforschung der Vaterschaft, das Recht des Kindes, den Familiennamen des Vaters zu führen, und die Unterhaltspflicht des Vaters nach bisherigem Rechte, während im Uebrigen für ihre rechtliche Stellung vom 1. 1. 1900 an das BGB. maßgebend ist. (§§ 1705 ff., EG. Art. 208 Abs. 1).[42]

Der Anspruch der unehelichen Mutter aus einer vor dem 1. 1. 1900 erfolgten Entbindung, sowie der Deflorationsanspruch einer vor diesem Zeitpunkte geschwängerten Frauensperson bestimmen sich nach früherem Rechte.

EG. Art. 209. e) Die Gültigkeit einer vor dem 1. 1. 1900 erfolgten Legitimation oder Annahme an Kindesstatt, die Frage, ob das legitimierte oder an Kindesstatt angenommene Kind die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes hat, und ob der Vater und die Mutter die Rechte und Pflichten ehelicher Eltern haben, sind nach früherem Rechte zu beurtheilen (EG. Art. 209). Im Uebrigen gilt für das Rechtsverhältniß zwischen den Eltern und den als ehelich geltenden Kindern vom 1. 1. 1900 an das BGB. (EG. Art. 203).[43][44]

f) Die Unterhaltspflicht der Verwandten im allgemeinen richtet sich vom 1. 1. 1900 an nach den Vorschriften des BGB. (§§ 1601 ff., vergl. EG. Artt. 199, 203).[45]

3. Vormundschaft.[46]

EG. Artt. 210 bis 212. Auf Vormundschaften und Pflegschaften, welche am 1. 1. 1900 bereits bestanden, finden von dieser Zeit an die Bestimmungen des BGB. Anwendung (EG. Art. 210 Abs. 1 Satz 1). Sie haben sich also von Rechtswegen in Vormundschaften und Pflegschaften im Sinne des BGB. verwandelt. Wenn sie den Voraussetzungen desselben nicht entsprechen, so haben sie mit dem Inkrafttreten des BGB. aufgehört. Andererseits sind Vormundschaften da einzuleiten, wo

[42]) Der Abs. 2 dieses Artikels hat in Folge der Aufhebung der §§ 592 II, 2, 1035 bis 1037, 1115 II, 1 ALR. durch § 22 des Gesetzes vom 24. 4. 1854 für das preußische Recht geringe Bedeutung. Nach Abs. 1 steht den unehelichen Kindern vom 1. 1. 1900 an ein Erbrecht in den Nachlaß des Vaters (§ 652 II, 2 ALR., Anhang § 97) nicht mehr zu. Dagegen treten sie in die Familie der Mutter (§ 1705).

[43]) Danach hat z. B. der Annehmende entgegen § 694 II, 2 ALR. die Verwaltung und Nutznießung des Kindesvermögens erlangt (§§ 1757, 1626, 1627, 1638, 1649).

[44]) Die dem BGB. unbekannten Pflegschaftsverhältnisse (§§ 753 ff. II, 2 ALR.) haben mit dem 1. 1. 1900 ihre Wirksamkeit verloren (MEG. S. 302).

[45]) Eine nach dem BGB. nicht mehr bestehende Unterhaltspflicht ist mit dem 1. 1. 1900 in Wegfall gekommen, selbst wenn sie vorher rechtskräftig festgestellt war. Entscheidung des RG. in der Beilage zur Juristischen Wochenschrift 1900 S. 12.

[46]) Vergl. Thümen: Die Ueberleitung der preußischen Vormundschafts- und Pflegschaftssachen in das neue Recht (Gruchot Bd. 43 S. 591 ff.).

Personen nach dem BGB. zu bevormunden sind, während dies früher nicht der Fall war. Eine Vormundschaft hat sich in eine Pflegschaft verwandelt, wenn nach dem BGB. nur letztere anzuordnen wäre. (EG. Art. 210 Abs. 1 S. 2 u. 3).[47])

So weit die Vormundschaften und Pflegschaften bestehen geblieben sind, sind die Vormünder, Pfleger und Familienräthe im Amte geblieben (EG. Art. 210 Abs. 2 S. 1 u. 2). Ein Gegenvormund ist zu entlassen, wenn ein solcher nach den Vorschriften des BGB. nicht zu bestellen sein würde.[48])

Befreiungen von Vormündern oder Pflegern, welche vor dem 1. 1. 1900 angeordnet sind, behalten nur insoweit Wirksamkeit, als sie auch nach dem BGB. hätten angeordnet werden können (§§ 1852 ff.). Hatte der Vater oder die Mutter die Bestellung eines Gegenvormundes untersagt, so ist unter den Voraussetzungen des § 1792 Abs. 2 trotzdem ein solcher zu bestellen, falls der Vater oder die Mutter nicht auch einen Vormund benannt hatte (§§ 1852, 1855). In Kraft bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über mündelsichere Werthpapiere (EG. Art. 212).[49])

V. Erbrecht.

EG. Artt. 213 bis 217.

Für die erbrechtlichen Verhältnisse ist der Zeitpunkt des Todes des Erblassers maßgebend. Sie bestimmen sich, wenn der Erblasser vor dem 1. 1. 1900 gestorben ist, in allen Beziehungen einschließlich des erbschaftlichen Liquidationsverfahrens ausnahmslos nach den bisherigen Gesetzen (EG. Art. 213).[50]) Ist der Erblasser nach dem Inkrafttreten des BGB. gestorben, so ist das BGB. maßgebend. Letzteren Falles gelten jedoch folgende Ausnahmen:

1. Die vor dem 1. 1. 1900 erfolgte Errichtung oder Aufhebung einer Verfügung von Todeswegen (Testament, Kodizill,[51]) Erbvertrag) ist in Bezug auf Form, Testamentsmündigkeit, Testierfähigkeit nach früherem Rechte zu beurtheilen. Es genügt nicht, daß die Vorschriften des BGB. gewahrt sind (EG. Art. 214 Abs. 1). Das Gleiche gilt von der vor dem 1. 1. 1900 erfolgten Errichtung oder Aufhebung eines Erbverzichtsvertrags (EG. Art. 217).

2. Wer vor dem 1. 1. 1900 die Testamentsmündigkeit erlangt hat, behält dieselbe, auch wenn er sie nach dem BGB. nicht besitzt, falls er vor Inkrafttreten desselben eine letztwillige Verfügung errichtet hatte (EG. Art. 215 Abs. 1).[52]).

3. Auf die Testamente Entmündigter findet § 2230 Anwendung (EG. Art. 215 Abs. 2).

---

[47]) Vergl. Preuß. Vormundsch.O. § 81 Nr. 3, BGB. § 1910 Abs. 1.

[48]) Die Bedeutung dieser vom Bundesrathe herrührenden Vorschrift ist nicht klar; nach § 1792 Abs. 1 kann ein Gegenvormund stets bestellt werden.

[49]) Preuß. A.G. Art. 74.

[50]) Ein erbrechtliches Verhältniß ist auch das Verhältniß zwischen dem Erben und dem Testamentsvollstrecker. Auf dasselbe findet also, wenn der Erblasser vor dem 1. 1. 1900 gestorben ist, das alte Recht Anwendung, insbesondere auch in Ansehung der Voraussetzungen der Entlassung des Testamentsvollstreckers in materieller und formeller Hinsicht. Urtheil des Reichsgerichts in der Beilage zur Juristischen Wochenschrift 1900 S. 9.

[51]) Kodizille, welche nach dem Inkrafttreten des BGB. errichtet sind, unterliegen dessen Vorschriften, auch wenn sie in einem vorher errichteten Testamente vorbehalten sind.

[52]) Die Testamentsmündigkeit tritt nach § 16 I, 12 A.L.R. mit vollendetem 14., nach § 2229 Abs. 2 mit vollendetem 16. Lebensjahr ein. Wer vor dem 1. 1. 1900 als Vierzehn- oder Fünfzehnjähriger eine letztwillige Verfügung errichtet hat, kann dieselbe nach Inkrafttreten des BGB. auch vor vollendetem sechszehnten Lebensjahre widerrufen; er kann auch eine neue letztwillige Verfügung errichten.

Dagegen folgt der Inhalt der letztwilligen Verfügung der Regel: er ist, wenn der Erblasser nach dem Inkrafttreten des BGB. stirbt, nach dessen Vorschriften zu beurtheilen (EG. Art. 213). In diesem Falle ist also auch die vor dem 1. 1. 1900 errichtete letztwillige Verfügung nur insoweit wirksam, als sie den Vorschriften des BGB. entspricht. Hiervon sind nur folgende Ausnahmen gemacht:

1. Für die Bindung des Erblassers bei einem vor dem 1. 1. 1900 errichteten Erbvertrag oder gemeinschaftlichen Testamente bleiben die bisherigen Gesetze maßgebend (EG. Art. 214 Abs. 2). Im Uebrigen unterliegt die Wirksamkeit auch dieser letztwilligen Verfügungen den Vorschriften des BGB.

2. Die Wirkung eines vor dem 1. 1. 1900 errichteten Erbverzichtsvertrags sowie eines vor diesem Tage errichteten Vertrags, durch welchen ein solcher aufgehoben ist, bestimmt sich nach den bisherigen Gesetzen, auch wenn der Erblasser nach Inkrafttreten des BGB. gestorben ist (EG. Art. 217).[53])

Für nicht vermögensrechtliche Verfügungen von Todeswegen, welche vor dem 1. 1. 1900 errichtet sind, gelten die gleichen Grundsätze: wenn der Erblasser nach Inkrafttreten des BGB. stirbt, so ist für ihre Form das frühere Recht, für ihre Zulässigkeit (vergl z. B. § 1777) das BGB. maßgebend (EG. Artt. 214 Abs. 1, 213).

§ 7. Rechtsquellen.

Ueber die Rechtsquellen enthält das BGB. keine Bestimmungen.

I. Die Vorschriften über das Zustandekommen von Gesetzen gehören dem Staatsrecht an.[1])

EG. Art. 2.

Im Sinne des BGB. und des EG. ist Gesetz jede Rechtsnorm ohne Rücksicht auf deren Entstehungs- und Erkenntnißquelle (EG. Art. 2), also Gesetze im engeren Sinne, Verordnungen, Staatsverträge, Gewohnheitsrecht, autonome Satzungen. Wo im BGB. oder im EG. von „Gesetzen" die Rede ist, sind demnach Rechtsnormen jeder Art gemeint.

EG. Artt. 57, 58.

II. Die Setzung von Rechtsnormen durch Einzelne oder Körperschaften (Autonomie) kennt das BGB. nicht. Ausnahmsweise aufrecht erhalten ist im vollen Umfange nur die Autonomie der souveränen deutschen Häuser, einschließlich der im Jahre 1866 depossedierten, und der Mitglieder der Fürstlichen Familie Hohenzollern (EG. Art. 57), sowie in Ansehung ihrer Familienverhältnisse und Güter die Autonomie der mediatisierten, vormals reichsständischen Häuser, des vormaligen Reichsadels und des ihm landesgesetzlich gleichgestellten landsässigen Adels (EG. Art. 58)[2]). — Die Satzungen von Körperschaften können Gesetzeskraft nur auf verfassungsmäßigem Wege erlangen, anderenfalls haben sie nur die Eigenschaft von Rechtshandlungen, nicht von Rechtssätzen.[3])

---

[53]) Ueber das Recht gewisser ritterschaftlicher Familien, die Erbfolge in ihren Nachlaß ohne Rücksicht auf das Pflichttheilsrecht zu ordnen, vergl. EG. Art. 216.

[1]) Vergl. Reichsverfassung Artt. 2, 5, 17, Preußische Verfassung Artt. 62, 63, 45, 106.

[2]) Näheres siehe M. I S. 10 ff. MEG. S. 154 ff. Mat. S. 60 ff. Stenographische Berichte des Reichstags 9. Legislaturperiode IV. Session S. 3025.

[3]) Vergl. Dernburg P.R. I S. 30 Anm. 5, Eccius I S. 36, 37 Anm. 5 a, M. I S. 93, 94.

III. Das BGB. hat im Gegensatze zum E. I. (§ 2) eine Vorschrift über das Gewohnheitsrecht für entbehrlich gehalten.[4]) Hierdurch ist in Verbindung mit dem Reichs-Verfassungsrechte dem Gewohnheitsrechte die Eigenschaft einer Quelle des positiven Rechtes entzogen.

Die Geltung partikularer Gewohnheitsrechte dem BGB. gegenüber ist contra legem schon durch Art. 2 der Reichsverfassung ausgeschlossen, praeter legem durch den Charakter des BGB. als einer erschöpfenden Kodifikation und die Aufhebung des gesammten Landesprivatrechts. Es kann hiernach allein in Frage kommen, ob gegenüber dem BGB. gemeines Gewohnheitsrecht Geltung beanspruchen kann, und ob im Bereiche der Vorbehalte für die Landesgesetzgebung die Bildung partikularen Gewohnheitsrechts zuzulassen ist. Beides ist zu verneinen.

1. Wenn auch alles Recht in der Ueberzeugung des Volkes wurzelt, und diese in einem gewohnheitsmäßigen Handeln zum Ausdrucke gelangt, so kann eine solche Rechtsüberzeugung im modernen Verfassungsstaate doch nur in denjenigen Formen positive Geltung erlangen, welche der Staat für die Schaffung von Rechtsnormen vorschreibt.[5]) Die entgegengesetzte Ansicht führt in ihrer Konsequenz zur Aufhebung dieser Vorschriften selbst und damit zur Beseitigung der verfassungsrechtlichen Grundlagen des Staates.[6]) Nach Artt. 2, 5 der Reichsverfassung steht innerhalb des Reichs die Schaffung von Rechtsnormen ausschließlich dem Bundesrath und dem Reichstage zu.[7]) Hiernach kann eine gewohnheitsmäßige Uebung nur im Wege der Reichsgesetzgebung positives Recht werden,

---

[4]) Zu vergleichen M. I S. 3 ff. Prot. I S. 3, VI S. 359 ff. D. zum E. eines HGB. S. 157 ff. Von der hier vertretenen Ansicht mehr oder weniger abweichend Planck I S. 34, Endemann I § 12, Cosack I § 10, Kuhlenbeck I S. 8 ff., Gareis S. XXXVI ff., Leonhard § 19, Hölder S. 51 ff., Staub, Allgemeine Einleitung Anm. 17 ff., Krückmann in Iherings Jahrbüchern Bd. 38 S. 191 ff., Crome ebenda Bd. 39 S. 323 ff. Ueber die Litteratur vergl. im übrigen Dernburg, Pandekten S. 57, Gerber-Cosack, deutsches Privatrecht § 19 S. 28 ff., Regelsberger Pand. I §§ 19, 23, Gierke, Deutsches Privatrecht I § 20.

[5]) Die Ansicht, daß die Frage der Geltung des Gewohnheitsrechts eine Thatfrage, keine Rechtsfrage sei (vergl. z. B. Hölder S. 52, Cosack § 10), ist unhaltbar. Die Frage, in welcher Weise Rechtsnormen geschaffen werden können, ist im konstitutionellen Staate ausschließlich aus dem Verfassungsrechte zu beantworten. Wenn dieses bestimmt, daß die Schaffung von Rechtsnormen nur der Gesetzgebung zustehe, so ist damit das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle ausgeschlossen, und es folgt weiter daraus, daß es als solche nur durch einen Akt der Gesetzgebung anerkannt werden kann. Hiernach ist es allerdings eine Thatfrage, „ob innerhalb des Reichs sich engere Kreise bilden können, die ein bestimmtes, dem Reichsrechte zuwiderlaufendes Verhalten beobachten“ (Hölder a. a. O.). Ob dies aber mit dem Erfolge geschehen kann, daß man dieses Verhalten „als ein zu Recht bestehendes gelten lassen muß“, ist eine Rechtsfrage, die nach dem im Texte Ausgeführten zu verneinen ist. Daß sich z. B. unter allen Voraussetzungen, die man für das Gewohnheitsrecht aufstellt, die Gewohnheit herausbildet, Schenkungsversprechen mündlich abzugeben, ist möglich. Es erscheint aber ausgeschlossen, daß hierdurch der § 518 außer Kraft gesetzt werde, und daß sich ein Gericht finden sollte, welches ein mündliches Schenkungsversprechen für wirksam erklärt (vergl. Regelsberger, Pand. I § 23 S. 103).

[6]) Die Frage des römischen Juristen (l. 32 § 1 D. I, 3): „quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis?“ dürfte vom Standpunkte des heutigen Staatsrechts kaum dahin beantwortet werden können, daß ein Unterschied nicht bestehe.

[7]) Daß in Art. 2 der Reichsverfassung unter „Gesetz“ jede Rechtsnorm zu verstehen sei, wie dies für spätere Gesetze ausdrücklich vorgeschrieben wurde, hat auch die Mehrheit der zweiten Kommission angenommen (Prot. VI S. 362). Es ist nicht angängig, an anderen Stellen desselben Gesetzes den Worten Gesetz- und Gesetzgebung eine andere Bedeutung unterzulegen. Vergl. auch Laband, Staatsrecht des deutschen Reichs (3. Aufl.) S. 553 III u. Anm. 1. Thöl, Handelsrecht I S. 86.

während ihre unmittelbare Geltung, ein Gewohnheitsrecht, ausgeschlossen ist. Die Gesetzgebung ist jedoch befugt, das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle anzuerkennen,[8]) wie dies z. B. in der durch das neue HGB. beseitigten Vorschrift des Art. 1 des alten Handelsgesetzbuchs geschehen war.

2. Die gleichen Erwägungen stehen der Bildung partikularen Gewohnheitsrechts im Bereiche der Vorbehalte entgegen.[9]) Da ferner die landesgesetzlichen Vorschriften über die beschränkte Geltung des Gewohnheitsrechts durch das BGB. aufgehoben sind,[10]) so ist damit das Gewohnheitsrecht auch für das Gebiet des aufrecht erhaltenen Landesrechts für die Zukunft[11]) als Rechtsquelle beseitigt. Dagegen ist die Landesgesetzgebung nicht behindert, für die vorbehaltenen Rechtsgebiete das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle anzuerkennen (EG. Art. 3, 2).

IV. Die Bedeutung des Gewohnheitsrechts war in neuerer Zeit auch bisher schon keine große.[12]) Es bedarf auch in heutiger Zeit nicht des Gewohnheitsrechts, um das Recht und die Rechtsprechung in Uebereinstimmung mit der Volksüberzeugung zu erhalten. Diese Aufgabe erfüllen die Gewohnheiten im natürlichen Sinne (Gebrauch, Usance, Sitte), einmal durch den Einfluß, welchen sie auf die Gesetzgebung ausüben, und sodann durch ihre Bedeutung für die Auslegung und Ergänzung rechtsgeschäftlicher Erklärungen. Der Gebrauch gilt, soweit die Annahme gerechtfertigt ist, daß die Erklärenden das Uebliche gewollt haben.[13]) Auf die Gewohnheit in diesem Sinne nimmt das BGB. wiederholt Bezug, indem es die Verkehrssitte oder die Ortsüblichkeit für maßgebend erklärt.[14])

---

[8]) Deswegen wird die hier vertretene Ansicht keinesfalls widerlegt durch die Bemerkung von Staub (Allgemeine Einleitung Anm. 22), das Gewohnheitsrecht sei „im Gegentheil" durch die §§ 242, 157 sanktioniert. Wäre Letzteres zutreffend, so würde die Geltung des Gewohnheitsrechts auf ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift beruhen. Vergl. auch Danz, Laienverstand und Rechtsprechung in Iherings Jahrbüchern S. 455 und 457 Anm. 1.

[9]) Vergl. Preußische Verfassung Artt. 62, 63.

[10]) Vergl. oben S. 3 unter II. A. M. Weißler I S. 159, nach dem die §§ 3 und 4 der Einleitung zum ALR. als öffentlich-rechtlich vom BGB. nicht berührt sind. Dies erscheint irrig (vergl. Preuß. AG. Art. 89 N. 1a und Begründung zu Art. 87 des E., Materialien des Preuß. AG. zum BGB., Carl Heymanns Verlag S. 172). Die §§ 3 und 4 enthalten keine Vorschriften über die Entstehung des Gewohnheitsrechts, seine Erfordernisse und Merkmale, sondern regeln die Geltung desselben gegenüber dem geschriebenen Privatrechte. Derartige Vorschriften sind stets als privatrechtliche aufgefaßt worden (vergl. HGB. Art. 1, E. I § 2, M. I S. 3 ff., Prot. I S. 3).

[11]) Daß ein beim Inkrafttreten des BGB. im Bereiche der Vorbehalte bestehendes Gewohnheitsrecht aufrecht erhalten bleibt, ergiebt sich aus Art. 3, 2 EG. (s. oben S. 3, Z. 27 unt. I).

[12]) Darin stimmen fast alle Schriftsteller überein. In der offiziellen Sammlung der Entscheidungen des RG. seit 1879 finden sich noch nicht 10 Entscheidungen, welche das Gewohnheitsrecht betreffen.

[13]) Es genügt, daß der Erklärende das Uebliche im Allgemeinen gewollt hat, nicht erforderlich ist, daß er wußte, was im einzelnen Falle üblich ist. Die Annahme, daß das Uebliche gewollt ist, wird stets dann gerechtfertigt sein, wenn eine entgegengesetzte Erklärung nicht abgegeben ist. Hierin liegt die deutliche (stillschweigende) Erklärung, nichts anderes als das Uebliche zu wollen. — Es ist Gebrauch, in einem Wirthshaus für Speisen und Getränke die in demselben üblichen Preise zu bezahlen. Wer im Wirthshaus ein Glas Bier bestellt, ohne nach dem Preise zu fragen, erklärt damit, daß er den dort üblichen Preis zahlen wolle. Beträgt derselbe 20 Pf., so kann er sich nicht darauf berufen, daß er dies nicht gewußt, sondern angenommen habe, der Preis betrage nur 15 Pf.

[14]) Vergl. §§ 151, 157, 242, §§ 97, 119 Abs. 2. Hierher gehört auch die Ortsüblichkeit des § 919 Abs. 2. Siehe ferner HGB. § 346. — Danz sucht in der in Anm. 8 angeführten Schrift den Nachweis zu führen, daß die in den §§ 157, 242 sanktionierte „Verkehrssitte" ein wirkliches Gewohnheitsrecht, die aus der Verkehrssitte sich

V. Juristenrecht und Gerichtsgebrauch können bindende Rechtsnormen nicht schaffen.[15])

§ 8. Zwingendes und ergänzendes Recht. Auslegung der Gesetze.

1. Für die Beurtheilung von Rechtsverhältnissen ist, soweit nicht zwingende Gesetzesvorschriften entgegenstehen, in erster Reihe die Bestimmung der Betheiligten maßgebend, in zweiter Reihe das Landesrecht, soweit es aufrecht erhalten ist, in dritter das Reichsrecht. Zwingende Vorschriften kommen unbedingt zur Anwendung. Ob ein Rechtssatz zwingenden oder dispositiven (ergänzenden, nachgiebigen) Charakter hat, ist Frage der Auslegung, soweit nicht eine ausdrückliche Vorschrift gegeben ist (vergl. z. B. einerseits § 1518, andererseits § 145). Häufig charakterisiert das BGB. eine Vorschrift als dispositive durch die Worte: „wenn nicht ein Anderes bestimmt ist" oder einen ähnlichen Zusatz (vergl. z. B. §§ 152, 181). In zahlreichen Fällen jedoch ergiebt sich aus der

ergebenden einzelnen Sätze wahre Rechtssätze seien (vergl. auch Staub, Allgemeine Einleitung Anm. 18 ff.). Seine geistvollen, anregenden und in vielen Punkten für jeden Juristen außerordentlich beherzigenswerthen Ausführungen sind jedoch in der Hauptsache nicht überzeugend. Auf die Einzelheiten einzugehen, würde hier zu weit führen. Es mag nur folgendes bemerkt werden: Daraus, daß das Gesetz den Richter anweist, die aus der Verkehrssitte sich ergebenden „Sätze" bei seinen Entscheidungen anzuwenden (a. a. O. S. 434, 454—455, 496 Nr. 6), folgt nicht, daß diese Sätze Rechtssätze sind. Auch wenn sie als Inhalt der Parteiabrede angesehen werden, sind sie der Entscheidung zu Grunde zu legen. Ein Rechtssatz ist nur die Vorschrift, daß die Verkehrssitte zu beachten ist (§§ 157, 242). Die Verkehrssitte selbst ist eine rein thatsächliche Uebung. Auf Grund des Rechtssatzes ist diese thatsächliche Uebung bei der Auslegung eines Vertrags (oder der Feststellung des Inhalts einer Leistung) zu beachten. Dies wird dazu führen, den Vertrag so auszulegen (den Inhalt der Leistung so festzustellen), daß der einzelne Fall der allgemeinen Uebung (der Verkehrssitte) entspricht. Es sind aus der Verkehrssitte gar keine Sätze zu formulieren, sondern es sind nur die Thatsachen festzustellen, die sich als die Verkehrssitte darstellen. In dem Falle der Anm. 13 ist die Verkehrssitte die Thatsache, daß regelmäßig jeder Gast die im Wirthshaus üblichen Preise zahlt. Hieraus ist nun nicht etwa der „Satz" zu entnehmen, daß jeder Gast den üblichen Preis zu zahlen hat. Vielmehr führt die Beachtung jener thatsächlichen Uebung nur zu dem Resultate, daß die einzelne Bestellung eines Getränkes der allgemeinen Uebung entsprechend zum üblichen Preise erfolgt. — Ein anderes von Danz angeführtes Beispiel (a. a. O. S. 419) ist, daß Jemand seine „Bibliothek" verkauft, der mit diesem Worte seinen Weinkeller zu bezeichnen pflegt. Nach der thatsächlichen allgemeinen Uebung wird mit „Bibliothek" die Büchersammlung bezeichnet. Beachtet man diese Uebung bei der Auslegung des Vertrags, so wird man ihn dahin auslegen, daß der Verkäufer seine Bücherei, nicht das Weinlager verkauft hat, weil anzunehmen ist, daß er das Wort „Bibliothek" in Uebereinstimmung mit der Verkehrssitte gebraucht hat. Ein „Satz", daß unter Bibliothek eine Bücherei zu verstehen sei, kommt hierbei nicht in Betracht. Man wird auch im Ernste nicht behaupten können, daß die thatsächliche Uebung, mit „Bibliothek" eben eine Bibliothek zu bezeichnen, einen Gewohnheitsrechtssatz darstelle. — Die §§ 293, 550 CPO. gelten demnach nicht für die Ermittelung von Verkehrssitten und die Nichtanwendung oder nicht richtige Anwendung derselben (Petersen in der Deutschen Juristenzeitung 1899 Nr. 14 S. 281 ff., a. M. in Konsequenz seiner oben dargelegten Ansicht Danz ebenda Nr. 7 S 139 und 1900 Nr. 3 S. 65).

[15]) In Ansehung des Juristenrechts und des Gerichtsgebrauchs tritt der einschneidende Unterschied zwischen dem BGB. und dem Preuß. ALR. besonders scharf hervor. Während das Landrecht (§ 6 der Einleitung und Schluß des Publik. Pat.) sich auf einen der Rechtswissenschaft feindlichen Standpunkt stellte, hat man bei Schaffung des BGB. den Einfluß von Wissenschaft und Praxis auf die Weiterbildung des Rechtes nicht nur als selbstverständlich vorausgesetzt, sondern denselben die Lösung vieler zweifelhafter Fragen bewußt überlassen. Zahllose Stellen der Motive liefern den Beweis hierfür.

Ausdrucksweise des Gesetzes der Charakter einer Vorschrift nicht. Der zwingende oder dispositive Charakter der einzelnen Vorschriften ist bei Besprechung derselben erforderlichen Falles festzustellen.[1])

2. **Ueber Auslegung der Gesetze und über die Anwendung der Analogie** enthält das BGB. keine Bestimmungen.[2]) Die auf Grund des früheren Rechtes von Wissenschaft und Praxis aufgestellten Grundsätze[3]) sind auch fernerhin zu beachten. Daß jedes Gesetz, und so auch das BGB., zunächst aus sich selbst auszulegen ist, daß die Motive und andere Materialien keine Gesetzeskraft haben, daß sie aber ein hervorragendes Hilfsmittel für die Auslegung sind, braucht heute kaum noch hervorgehoben zu werden. Niemals darf die Auslegung dazu führen, daß der Wortlaut des Gesetzes vollständig bei Seite geschoben, daß in Rücksicht auf den „Willen des Gesetzgebers" als Inhalt des Gesetzes das Gegentheil von dem festgestellt wird, was der klare Wortlaut des Gesetzes besagt.[4])

---

[1]) Vergl. hierzu Planck I Einleitung S. 21 ff., Endemann I § 8, § 10 Anm. 6, Riedel S. 18 ff., Stammler, das Recht der Schuldverhältnisse (Berlin 1897) S. 55 ff., S. 76 ff., Kuhlenbeck I S. 10 ff. Ueber den Unterschied zwischen einer dispositiven Vorschrift und einer Auslegungsregel siehe unten in der Lehre von den Rechtsgeschäften.

[2]) Vergl. E. I § 1 und Prot. I S. 2.

[3]) Vergl. die Anm. von Koch zu §§ 46, 49 der Einleitung zum ALR., Dernburg P.P. S. 15 ff., Eccius I S. 70 ff., S. 74, Endemann I § 10, Cosack I § 11, Planck Einleitung S. 27—28, Hölder S. 15 ff., Fischer-Henle S. XXVIII ff., Leonhard S. 49 ff.

[4]) Dies besonders hervorzuheben, erscheint nicht überflüssig. In der That zeigt sich in der Rechtsprechung in neuerer Zeit, zumal in Fragen, welche die wirthschaftlichen Kämpfe der Gegenwart berühren, die Tendenz, unter Zugrundelegung bestimmter wirthschaftlicher Anschauungen und in Rücksicht auf eine diesen entsprechende Absicht des Gesetzes dasselbe unter völliger Nichtbeachtung seines Wortlauts so auszulegen, daß es mit jenen Anschauungen übereinstimmt, und daß an die Stelle des Gesetzes dasjenige tritt, was nach der subjektiven Meinung des Richters der Gesetzgeber hätte bestimmen sollen. Ein besonders bezeichnendes Beispiel bietet die Auslegung des § 48 des Börsengesetzes durch das Reichsgericht, namentlich in der Entscheidung vom 28. 10. 1899 (RG. Bd. 44 S. 103 ff.). Diese Auslegung geht im Resultate dahin, daß die Begriffsbestimmung des § 48 des Börsengesetzes unrichtig sei, daß auch andere nicht unter diese Begriffsbestimmung fallende, aber den gleichen wirthschaftlichen Zwecken dienende Geschäfte Börsentermingeschäfte im Sinne des Gesetzes seien, daß das Gesetz deshalb nicht nur Anwendung finde auf die Geschäfte, auf welche es durch die Vorschrift des § 48 seine Anwendung selbst beschränkt, sondern auf alle Geschäfte, ohne deren Unterstellung unter das Gesetz dessen Absicht, Börsentermingeschäfte unter nicht eingetragenen Personen zu verhüten, nicht erreicht werden könne. Das in Rede stehende Geschäft falle zwar nicht unter die Begriffsbestimmung des § 48 des Börsengesetzes, aber da es geeignet sei, den gleichen wirthschaftlichen Erfolg zu erzielen, so stelle es eine Umgehung des Gesetzes dar und unterliege deshalb den Vorschriften desselben. Der angeführte § 48, welcher bestimmt, daß Börsentermingeschäfte im Sinne des Börsengesetzes nur die dort genau gekennzeichneten Geschäfte sein sollen, wird also dahin ausgelegt, daß Börsentermingeschäfte im Sinne des Gesetzes auch solche seien, bei denen keines der in § 48 aufgestellten Merkmale zutrifft, insofern sie nur wirthschaftlich gleich gefährlich seien. Hierzu ist zu bemerken: 1. Die Auslegung darf von dem Wortlaute des Gesetzes niemals völlig absehen. Sie ist unzutreffend, wenn sie mit demselben nicht vereinbar ist. Eine „Absicht", ein „Wille" des Gesetzes kann im Gegensatze zu dem klaren Wortlaute desselben nicht in Betracht kommen. Vergl. l. 25 § 1 D. XXXII, 1: „Quum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio" § 46 Einleitung zum ALR.: „Bei Entscheidung streitiger Rechtsfälle darf der Richter den Gesetzen keinen anderen Sinn beilegen, als welcher aus den Worten und dem Zusammenhange derselben in Beziehung auf den streitigen Gegenstand oder aus dem nächsten unzweifelhaften Grunde des Gesetzes deutlich erhellt." Hölder S. 17: „Der Gesetzesinhalt existiert nicht ohne den ihn bezeichnenden Gesetzestext." Windscheid Pand. I § 22: „Wie sicher sie (die Auslegung) auch den eigentlichen Gedanken

§ 9. Subjektives Recht. Kollision von Rechten.

1. Ein subjektives Recht ist eine auf Grund der Rechtsordnung (des objektiven Rechtes) im einzelnen Falle geschaffene Berechtigung des einzelnen Rechtssubjekts.

Ueber die Quellen des subjektiven Rechtes[1]) enthält das BGB. keine Bestimmungen. Unbekannt ist ihm auch der Begriff der Naturalobligation. Immerhin erzeugen einzelne Rechtsgeschäfte, welche ein Schuldverhältniß nicht begründen, trotzdem gewisse Rechtswirkungen. So ist die Rückforderung des Geleisteten ausgeschlossen bei Spiel, Wette, nicht genehmigten Lotterieen, Differenzgeschäften (§§ 762—764), sowie beim Versprechen eines Lohnes für eine Heirathsvermittelung (§ 656), obwohl durch diese Geschäfte eine Verbindlichkeit nicht begründet wird. In einzelnen Fällen wird selbst einer sittlichen Pflicht eine gewisse Rechtswirkung beigelegt. So unterliegt eine Schenkung, die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entspricht, nicht der Rückforderung oder dem Widerrufe (§ 534). Ebensowenig kann eine auf gleichen Gründen beruhende Leistung zurückgefordert werden (§ 814). — Die Verjährung hebt die Verbindlichkeit nicht auf, sie giebt nur dem Verpflichteten das Recht, die Leistung zu verweigern (§ 222 Abs. 1). Insoweit ist allerdings auch der verjährte Anspruch ein unvollkommener (vgl. § 222 Abs. 2, 390 Satz 2).[2])

2. Auch über die Kollision von Rechten stellt das BGB. allgemeine Regeln nicht auf. Daß das stärkere Recht dem schwächeren vorgeht, z. B. das dingliche Recht dem persönlichen, das Recht an fremder Sache dem Eigenthume,

---

des Gesetzgebers erkennen mag, sie darf denselben doch als rechtbegründend nur unter der Voraussetzung anerkennen, daß in der von dem Gesetzgeber abgegebenen Erklärung, wenn auch kein vollständig entsprechender Ausdruck seines eigentlichen Gedankens, doch jedenfalls ein Ausdruck überhaupt gefunden werden kann." — 2. Einen „Willen", eine Absicht kann nur eine Person haben, nicht aber das Gesetz oder der Gesetzgeber; auch letzterer ist (in Deutschland) keine Person. In Betracht könnten nur Wille und Absicht der Personen kommen, welche bei der Gesetzgebung mitgewirkt haben. Aber was sie gewollt, beabsichtigt haben, ist an sich noch nicht geltendes Recht; es wird hierzu eben nur, soweit es im Gesetze selbst zum Ausdrucke gelangt. Vergl. Planck 1 S. 28: „Hat die Auffassung der Verfasser einen entsprechenden Ausdruck im Gesetzbuche selbst nicht gefunden, ergiebt vielmehr der Wortlaut des Gesetzbuchs und der Zusammenhang seiner Vorschriften einen anderen Sinn, so ist dieser maßgebend." Vergl. auch Fischer-Henle S. XXVIII—XXIX, Hölder S. 22—23. Außerdem ist die Absicht der bei einem Gesetze mitwirkenden einzelnen Personen häufig eine sehr verschiedene. Beim Börsengesetze beabsichtigten unbestreitbar die einen, jedes Termingeschäft dem Gesetze zu unterstellen, während die anderen das Termingeschäft an sich unberührt lassen und nur das nach Börsenusancen geschlossene fixe Termingeschäft treffen wollten. Welches ist nun die „Absicht des Gesetzes oder des Gesetzgebers?" Der Inhalt des Gesetzes (§ 48) entspricht klar der zweiten Absicht. — 3. Es ist außerordentlich gefährlich, zumal in Zeiten heftiger wirthschaftlicher Kämpfe, sich bei Auslegung eines Gesetzes von wirthschaftlichen Erwägungen leiten zu lassen. Zutreffend führt Eccius gelegentlich aus (Gruchot Bd. 36 S. 655), „wie bedenklich die Hineinziehung allgemeiner subjektiver volkswirthschaftlicher Erwägungen über das, was Rechtens sein sollte oder darüber, von welchen wirthschaftlichen Zielen die Betheiligten sich vermuthlich bei Begründung eines Rechtsverhältnisses leiten lassen werden, auf die wissenschaftliche Erkenntniß des Rechts einwirkt. Die Verflüchtigung aller festen Grenzscheiden und die Vermengung von Jurisprudenz und Nationalökonomie . . . . . . führt zu verschwommenen, die Festigkeit des Rechts auflösenden Zuständen." Das sind Worte, die in jedem Gerichtssaal eine Stelle finden sollten. — Siehe auch Laband in der Deutschen Juristenzeitung 1900 Nr. 15 S. 334. Staub, Exkurs zu § 376 HGB. Anm. 3 ff.

[1]) Vergl. §§ 82—85 Einleitung zum ALR.

[2]) Cosack I § 80 No. 5.

das früher bestellte dingliche Recht dem später bestellten, ergiebt sich an der Hand der Rechtslogik.[3])

Einzelne Kollisionsfälle hat das BGB. besonders geregelt, so z. B. das Rangverhältniß der Rechte, mit denen ein Grundstück belastet ist (§§ 879 ff.), das Zusammentreffen mehrerer Grunddienstbarkeiten (§ 1024), Nießbrauchsrechte (§ 1060) oder beschränkter persönlicher Dienstbarkeiten. (§ 1090.)

Eine Rechtskollision im eigentlichen Sinne liegt nur dann vor, wenn mehrere Rechte von gleicher Art und gleichem Range derart zusammentreffen, daß sie nicht nebeneinander selbständig ausgeübt werden können (vergl. z. B. § 1024). Soweit das Gesetz nicht Sondervorschriften giebt, muß hier die Beschaffenheit des einzelnen Falles entscheiden. Keine Kollision im eigentlichen Sinne liegt in dem Vorhandensein mehrerer Forderungsrechte auf die gleiche Leistung. Jeder Berechtigte kann den Anspruch ohne Rücksicht auf den Anderen geltend machen; der Verpflichtete kann keinem der Berechtigten gegenüber einwenden, daß er die gleiche Leistung früher oder später einem anderen versprochen habe.

Ebensowenig liegt eine eigentliche Kollision dann vor, wenn nur ein Recht vorhanden, aber ungewiß ist, welcher von mehreren Personen es zusteht (vergl. z. B. §§ 659, 660).

Erster Titel.

Natürliche Personen.

§ 10. Die Rechtsfähigkeit der natürlichen Personen.

§ 1.

1. Die Rechtsfähigkeit, d. h. die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, wohnt jedem Menschen inne. Diese allgemeine Rechtsfähigkeit aller natürlichen Personen ist im Gesetze nicht besonders ausgesprochen, sondern wird, als „ein Gebot der Vernunft und der Ethik“ [1]), im § 1 (die Rechtsfähigkeit „des“ Menschen) vorausgesetzt.[2]).

Die Rechtsfähigkeit kann daher durch Rechtsgeschäft weder aufgehoben noch beschränkt werden.[3])

2. Eine Verschiedenheit der Rechtsstellung in Folge der Zugehörigkeit zu gewissen Geburtsständen kennt das BGB. nicht.[4]) Für Berufsstände gelten vielfach Sondervorschriften (vergl. hinsichtlich des Militärstandes: §§ 9, 15, 411, 570, 1315 u. a. m.; hinsichtlich des Beamtenstandes: §§ 411, 456, 570, 839, 1315 u. a. m.). Die Verschiedenheit des religiösen Bekennt-

---

[3]) M. I S. 275 ff.

[1]) M. I S. 25.

[2]) Die im ALR. § 1199 ff. II 11, für Mönche und Nonnen gegebenen Ausnahmevorschriften sind aufgehoben (EG. Art. 55, Preuß. AG. Art. 89). Im EG. Art. 87 handelt es sich nicht um eine Einschränkung der Rechtsfähigkeit, es ist vielmehr nur die Wirksamkeit des Erwerbes von der staatlichen Genehmigung abhängig gemacht.

[3]) Die allgemeine Rechtsfähigkeit aller Menschen begründet für den Prozeß ihre allgemeine Parteifähigkeit (§ 50 CPO.).

[4]) Für den Begriff des „standesmäßigen“ Unterhalts (§§ 528, 829 u. a. m.) kommt nach § 1610 die Lebensstellung des Bedürftigen in Betracht.

nisses begründet keine Rechtsverschiedenheit (Ges. vom 3. Juli 1869, EG. Art. 32, vergl. jedoch §§ 618 Abs. 2, 1779 Abs. 2, 1801 und EG. Art. 134).

3. Was den Einfluß der Ehren-Minderung anbetrifft, so ist zu unterscheiden:

a. Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte durch Strafurtheil. Sie hat zur Folge, daß eine Person, welcher die Ehrenrechte aberkannt sind, nicht zum Vormunde bestellt (§ 1781 Nr. 4, vergl. ferner §§ 1694, 1897, 1792 Abs. 4, 1866 Nr. 2, 1915 Abs. 1) und nicht als Zeuge bei der Eheschließung (§ 1318 Abs. 2) und bei der Errichtung eines Testaments (§ 2237 Nr. 2, vergl. ferner §§ 2244 Abs. 1, 2249 Abs. 1, 2276 Abs. 1, 2290 Abs. 4) zugezogen werden soll;

b. ehrloses und unsittliches Verhalten: §§ 1568 (Ehescheidungsgrund), 2333 Nr. 5, 2335 (Grund zur Enterbung der Abkömmlinge und des Ehegatten); s. ferner §§ 1666, 1611 (sittliches Verschulden).

4. Die Rechtsfähigkeit beginnt mit der Vollendung der Geburt (§ 1). Zur Erlangung der Rechtsfähigkeit ist demnach erforderlich, daß das Kind nach Vollendung des Geburtsakts gelebt hat, unerheblich jedoch, ob das lebend geborene Kind bald darauf wieder verstorben ist, mag selbst der Tod wegen mangelnder Lebensfähigkeit eingetreten sein.

Der Beweis der Geburt wird, wenn eine Eintragung in das Geburtsregister erfolgt ist, durch dieses geführt (§ 15 des Ges. vom 6. Febr. 1875). Auch daß das Kind nach der Geburt gelebt hat, wird durch die Eintragung in das Geburtsregister bis zum Beweise des Gegentheils bewiesen.[5]) Kann der Beweis nicht durch die Standesregister geführt werden, so kann sich der Beweisführer jedes anderen nach Lage der Sache an sich zulässigen Beweismittels bedienen.

5. Ungeborene sind nicht rechtsfähig. Das BGB. enthält keine allgemeine Vorschrift des Inhalts, daß der Erzeugte dem Geborenen gleichsteht. Jedoch werden in zahlreichen besonderen Vorschriften der Leibesfrucht gewisse Rechte gewährt: Erbfähigkeit (§§ 1923 Abs. 2, 2108 Abs. 1, 2043), Ersatzanspruch bei Tödtung des Unterhaltspflichtigen (§ 844 Abs. 2, § 3 Abs. 2 des Haftpflichtges. vom 7. Juni 1871 in der Fassung des Art. 42 EG.). In diesen Fällen wird Erzeugung im entscheidenden Zeitpunkte (Tod des Erblassers, Verletzung des Unterhaltspflichtigen) vorausgesetzt; für die Frage, ob die Person in diesem Zeitpunkte bereits erzeugt war, sind die Vorschriften der §§ 1592, 1717 Abs. 2 zur entsprechenden Anwendung zu bringen.[6]) Ein noch nicht erzeugter Ungeborener kann zum Erben (als Nacherbe) eingesetzt (§ 2101) und mit einem Vermächtnisse bedacht (§ 2178) werden; in diesen beiden Fällen wird jedoch in der Regel die Erbeinsetzung, resp. das Vermächtniß unwirksam, wenn nicht binnen 30 Jahren nach dem Erbfalle der Bedachte erzeugt wird (§§ 2109, 2162). Ferner kann bei einem Versprechen der Leistung an einen Dritten dieser Dritte eine Person sein, die zu irgend einer späteren Zeit geboren wird (§ 331 Abs. 2).[7])[8])

---

[5]) A. M. Endemann I § 25 Anm. 9, jedoch mit Unrecht. Nach § 22 Ziffer 2 des Personenstandes-Ges. werden Ort, Tag und Stunde der „Geburt" eingetragen, das Geburtsregister ist also zur Beurkundung der „Geburt" bestimmt; unter „Geburt" versteht aber das Gesetz die Geburt eines lebend geborenen Kindes, wie sich aus dem Gegensatze des § 23 ergiebt. Vergl. M. I S. 28 unter 1.

[6]) Vergl. Rehbein Seite 6, Hachenburg S. 335.

[7]) Dem Schutze des nasciturus dienen ferner die Vorschriften der §§ 1716, 1963, 2141.

[8]) Durch einen solchen Vertrag zu Gunsten eines Dritten können Rechte für eine zukünftige, noch nicht erzeugte Person begründet werden, so ist z. B. der Abschluß eines

Die Fürsorge für eine Leibesfrucht steht dem Vater oder der Mutter zu, wenn das Kind, falls es bereits geboren wäre, unter elterlicher Gewalt stehen würde, sonst ist, wenn eine Fürsorge erforderlich wird, ein Pfleger zu bestellen (§ 1912).

6. Ueber Zwillingsgeburten enthält das BGB. keine Bestimmung. Wer Rechte aus der früheren oder späteren Geburt für sich herleitet, hat den Zeitpunkt der Geburt zu beweisen. Auch dieser Beweis kann vor allem in Gemäßheit des § 15 des Personenstandes-Ges. durch das Geburtsregister erbracht werden, da dieses nach § 22 Abs. 2 des Ges. dazu bestimmt ist, die Zeitfolge der verschiedenen Geburten ersichtlich zu machen. Versagt dieses Beweismittel, und kann der Beweis auch nicht auf andere Weise erbracht werden, so wird die regelmäßige Folge der Unerweisbarkeit eintreten, d. h. das in Anspruch genommene Recht kann dem Fordernden nicht zugesprochen werden. Handelt es sich jedoch um eine letztwillige Verordnung, so wird man § 2073 zur analogen Anwendung bringen können, da es dem Willen des Erblassers mehr entspricht, wenn der wirklich Bedachte, der nicht ermittelt werden kann, wenigstens einen Theil erhält, als daß die ganze Verordnung zu Gunsten des Beschwerten hinfällig wird. Ist eine solche Theilung nicht zulässig, und können auch die Folgen der Unerweisbarkeit nicht eintreten, z. B. bei der Succession in ein Lehen- oder Familien-Fideikommiß, so wird man, unter analoger Anwendung des § 659, die Entscheidung durch das Loos für zulässig erachten müssen.[9])

7. Auch hinsichtlich der Mißgeburten und Zwitter enthält sich das Gesetz jeder Bestimmung, indem es davon ausgeht, daß es erstere im eigentlichen Sinne[10]) nicht giebt, körperliche Abnormitäten vielmehr, wenn die Voraussetzungen des § 1 vorliegen, die Rechtsfähigkeit nicht ausschließen, und daß bei letzteren ein Geschlecht immer überwiegt.[11])

8. Die Gleichstellung beider Geschlechter ist im BGB. weiter durchgeführt, als in der Mehrzahl der früheren Rechte. Zu erwähnen ist besonders: die Geschäftsfähigkeit der Ehefrau (vergl. jedoch EG. Art. 200 Abs. 3), die Bestimmung, daß, was sie durch Arbeit erwirbt, Vorbehaltsgut ist (§ 1367), die elterliche Gewalt der Mutter (§§ 1684 ff.), die Fähigkeit der Frau zum Amte eines Vormundes (§ 1783).

§ 11. Altersstufen. Volljährigkeitserklärung.

I. Das BGB. unterscheidet Minderjährige und Volljährige. Die Volljährigkeit tritt mit der Vollendung des 21. Lebensjahrs ein (§ 2), und zwar mit dem Beginne des Tages, an dem das 21. Lebensjahr vollendet wird (§§ 187 Abs. 2, 188 Abs. 2).[1]) Die Minderjährigen werden in solche, welche

§ 2.

Lebensversicherungsvertrags zu Gunsten noch nicht erzeugter Personen zulässig. (Vergl. Hachenburg S. 334.) Rehbein Seite 6 folgert die Zulässigkeit aus § 2101. Ein solcher Analogieschluß ist aber nicht nöthig, die Zulässigkeit folgt unmittelbar aus § 331 Abs. 2. Vergl. Eck S. 37 Anm. 2.

[9]) Die §§ 14—16 ALR. I, 1 sind auch für diesen Fall trotz des Art. 59 EG. aufgehoben, da diese Bestimmungen nicht direkt die Regelung der aufrecht erhaltenen Materien zum Gegenstande haben. Mat. S. 59, Cosack I § 9 S. 35 unter b.

[10]) „Ohne menschliche Form und Bildung", wie sich das ALR. (§ 17 I 1) ausdrückt.

[11]) M. I S. 28, 29, 26.

[1]) Wann wird ein am 29. Februar Geborener volljährig? Obwohl ein solcher gewöhnlich als seinen Geburtstag in Nichtschaltjahren den 28. Februar ansieht, so folgt doch aus § 188 Abs. 3, daß er nicht mit dem Beginne des 28. Februar, an dem er sein 21. Lebensjahr vollendet, sondern mit dem Ablaufe dieses Tages volljährig wird. Vergl. Hölder Anm. 2 zu § 2.

das 7. Lebensjahr nicht vollendet haben und solche, welche das 7. Lebensjahr vollendet haben, eingetheilt (§§ 104 Nr. 1, 106). Die Vollendung des 14. Lebensjahrs (die Mündigkeit) ist im Allgemeinen ohne Bedeutung (vergl. jedoch §§ 1728, 1750, 1827 Abs. 1, § 59 RJG.[2]). Für einzelne Fälle kommen andere Altersstufen in Betracht. Hervorzuheben ist: 16. Jahr: Ehemündigkeit der Frau (§ 1303; der Mann ist ehemündig, wenn er volljährig oder für volljährig erklärt ist §§ 1303, 3 Abs. 2), Testierfähigkeit (§ 2229 Abs. 2); 18. Lebensjahr: volle Verantwortlichkeit für unerlaubte Handlungen (§ 828); 21. Lebensjahr (ohne Rücksicht auf die Volljährigkeit — also auch bei einem für volljährig Erklärten): Einwilligung des Gewalthabers zur Eingehung einer Ehe (§ 1305); vergl. ferner §§ 1635, 1708, 1744, 1786 Nr. 2, 1827 Abs. 2.

§ 3—5. II. Ein Minderjähriger erlangt die Rechtsstellung eines Volljährigen durch die **Volljährigkeitserklärung**, welche durch Beschluß des Vormundschaftsgerichts erfolgt.[3]) Ihre Erfordernisse sind:

1. daß der Minderjährige das 18. Lebensjahr vollendet hat,
2. daß er seine Einwilligung ertheilt, und zwar er selbst, nicht sein gesetzlicher Vertreter,
3. daß, falls er unter elterlicher Gewalt steht, auch der Gewalthaber die Einwilligung ertheilt. Diese Einwilligung ist jedoch nicht erforderlich:

a. wenn dem Gewalthaber weder die Sorge für die Person noch die Sorge für das Vermögen des Kindes — der eine Bestandtheil der elterlichen Gewalt (§ 1627) — nicht zusteht, so daß ihm nur der andere Bestandtheil, die Nutznießung (§ 1649), verbleibt. Dies ist in Gemäßheit des § 1678 zunächst dann der Fall, wenn die elterliche Gewalt nach §§ 1676, 1677 ruht, nicht aber, wenn der Vater nach § 1685 Abs. 1 nur thatsächlich an der Ausübung verhindert ist,[4]) weil in

---

[2]) Ferner nach preuß. Rechte für die Wahl der Religion (ALR. § 84 II 2, aufrecht erhalten durch Art. 134 EG., vergl. Art. 89 Nr. 1c Pr. AG. zum BGB.).

[3]) § 3 bestimmt: Ein Minderjähriger „kann" durch Beschluß des Vormundschaftsgerichts für volljährig erklärt werden. Die Bedeutung des technischen Ausdrucks „kann" im BGB. ist die, daß eine Handlung zulässig, statthaft, erlaubt ist, ferner, daß man berechtigt ist, etwas zu thun (z. B. §§ 10 Abs. 2, 12, 79, 102, 109, Abs. 1, 113 Abs. 2 u. s. w.) Einen anderen Sinn hat aber das Wort „kann", wenn es von einer Behörde gesagt ist, z. B. §§ 3, 6: entmündigt kann werden, § 13: kann für todt erklärt werden, § 37 Abs. 2, § 2200 (das Nachlaßgericht kann die Ernennung eines Testamentsvollstreckers vornehmen) u. s. w. Es ist hiermit nicht etwa gemeint, daß es in das freie Ermessen der Behörde gestellt ist, ob sie die in Rede stehende Entscheidung treffen will, vielmehr wird durch den Gebrauch des Wortes „kann" ausgedrückt, daß das Verfahren rechtlich zulässig ist. Was die Behörde hiernach thun kann, das muß sie pflichtgemäß auch thun, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen (Planck S. 25, Endemann I § 10 Anm. 6). An dieser Bedeutung des Wortes „kann" ist auch bei § 3 festzuhalten (vgl. Prot. I S. 52), es liegt kein Grund vor, hier eine Ausnahme zu machen, wie Endemann I § 27 Anm. 5 und anscheinend auch Planck Anm. zu § 5 wollen. Der Sinn ist also: wenn die Erfordernisse der §§ 3 und 4 vorliegen, und der Richter außerdem zu der Ueberzeugung gelangt, daß die Volljährigkeitserklärung im Interesse des Minderjährigen liegt, so muß er ihn für volljährig erklären. A. M. Gareis Anm. 3 zu § 4.

[4]) A. M. Planck Anm. 3 Abs. 4 zu § 4. In diesem Falle sowohl wie im Falle des Ruhens der elterlichen Gewalt des Vaters ist die Einwilligung nicht etwa von der Mutter zu ertheilen, da § 4 die des Gewalthabers erfordert und Gewalthaber der Vater bleibt. Der Ansicht Planck's (Anm. 3 Abs. 1 zu § 4), daß beim Ruhen der elterlichen Gewalt des Vaters dieser zwar Gewalthaber bleibt, aber auch die Mutter Gewalthaber im Sinne des § 4 sei, wenn ihr auf Grund des § 1685 die Ausübung der elterlichen Gewalt zusteht, kann nicht beigestimmt werden. Irrig erscheint auch die Ansicht Rehbeins (S. 15), daß im Falle des § 1685 Abs. 1 die Mutter thatsächlich und rechtlich Inhaberin der elterlichen Gewalt sei; sie übt dieselbe nur aus, ist aber nicht Gewalthaberin. Das Re-

diesem Falle die elterliche Gewalt des Vaters in vollem Umfange besteht und er während der vorübergehenden Verhinderung von der Mutter gewissermaßen nur vertreten wird; ferner dann, wenn dem Gewalthaber auf Grund des § 1666 Abs. 1 die Sorge für die Person des Kindes gänzlich entzogen ist und ihm gleichzeitig die Sorge für das Vermögen nicht zusteht, sei es in Folge des Konkurses (§ 1647), sei es, weil sie ihm gleichfalls entzogen ist (§§ 1666 Abs. 2, 1670).

b. wenn eine minderjährige Wittwe für volljährig erklärt werden soll.[5])

Zu diesen Erfordernissen tritt (instruktionell) die Vorschrift des § 5 hinzu, daß die Volljährigkeitserklärung nur erfolgen soll, wenn sie nach dem pflichtmäßigen Ermessen des Gerichts das Beste des Minderjährigen befördert.

Die Volljährigkeitserklärung hat die Wirkung, daß der Minderjährige in allen Beziehungen dem Volljährigen gleichsteht. Jede Vorschrift, die das Gesetz für Volljährige giebt, bezieht sich auch auf die für volljährig Erklärten;[6]) was für Minderjährige bestimmt ist (z. B. §§ 204, 1602 Abs. 2, 1781 Nr. 1, 2238 Abs. 2), gilt für sie nicht. Wenn in einem Rechtsgeschäfte von der Volljährigkeit oder der Vollendung des 21. Lebensjahrs die Rede ist, so ist es Auslegungsfrage, ob auch die Volljährigkeitserklärung darunter zu verstehen ist.

Zu bemerken ist noch:

1. Auf die Einwilligung des Minderjährigen und des Gewalthabers kommen die §§ 182, 183 nicht zur Anwendung, da es sich nicht um die Einwilligung zu einem Vertrag oder einem einseitigen Rechtsgeschäfte handelt.[7])

2. Bei bevormundeten Minderjährigen ist die Einwilligung des Vormundes nicht erforderlich, die Volljährigkeitserklärung kann sogar gegen seinen Widerspruch erfolgen.

3. Nach § 1847 soll das Gericht von Amtswegen vor der Entscheidung über die Volljährigkeitserklärung eines Bevormundeten (nicht auch eines Minderjährigen unter elterlicher Gewalt) Verwandte und Verschwägerte des Mündels hören.[8])

---

sultat der hier vertretenen Ansicht ist, daß beim Ruhen der elterlichen Gewalt des Vaters weder seine Einwilligung, noch die der Mutter, wenn sie auch nach § 1685 die Gewalt ausübt, erforderlich ist, daß dagegen bei thatsächlicher Verhinderung des Vaters seine Einwilligung erforderlich ist. Man könnte dagegen geltend machen, daß § 1685 die thatsächliche Verhinderung und das Ruhen einander gleichstellt. Es ist aber hiergegen darauf hinzuweisen, daß nur für den Fall des Ruhens bestimmt ist, daß der Vater zur Ausübung nicht berechtigt ist (§ 1678), während im Falle der thatsächlichen Verhinderung sein Recht der Ausübung unberührt bleibt. Nur auf dieses Recht kommt es aber nach § 4 an. Praktische Unzuträglichkeit ist hieraus nicht zu befürchten, da bei Verhinderung von längerer Dauer § 1677 Abs. 1 Platz greift, und dann die Einwilligung des Vaters nicht mehr erforderlich ist.

[5]) Vergl. Prot. I S. 52. Die elterliche Gewalt wird durch die Verheirathung der Tochter nicht beendet. (§ 1633.)

[6]) Im § 1305 handelt es sich um die Vollendung des 21. Lebensjahrs, nicht um die Volljährigkeit, es bedarf daher auch der für volljährig Erklärte der Einwilligung (§ 1305); er kann aber nach § 1308 die Ersetzung durch das Vormundschaftsgericht beantragen. Vgl. auch § 1822 No. 5.

[7]) Vergl. Planck Anm. 1 zu § 4. Der Annahme Hölder's (Anm. 1b zu § 4), daß eine ohne Einwilligung des Minderjährigen erfolgte Volljährigkeitserklärung wirkungslos sei, kann nicht beigestimmt werden. Es widerspricht diese Annahme der Bedeutung des im RFG. geordneten Rechtsmittelverfahrens und der Rechtskraft der Entscheidung, abgesehen von der Rechtsunsicherheit, die auf diese Weise entstehen würde; vergl. § 32 RFG.

[8]) Rücksichtlich des Verfahrens, vergl. RFG. §§ 35, 36, 43 (sachliche und örtliche Zuständigkeit), § 56 Abs. 1 (das Antragsrecht), § 56 Abs. 2 (die Wirksamkeit der Verfügung

§ 12. Die Entmündigung.

§ 6. Das BGB., welches im § 6 die Entmündigung wegen anormaler geistiger Zustände, wegen Verschwendung und wegen Trunksucht für zulässig erklärt, giebt weder eine Definition, noch eine genauere Bezeichnung und Eintheilung der geistigen Erkrankungen und ebensowenig eine Definition der Verschwendung und der Trunksucht.

Die Entmündigung ist zulässig: [1])

I. Wegen geistiger Erkrankung, und zwar

1. wenn Geisteskrankheit oder Geistesschwäche vorliegt.

Welches der Unterschied zwischen „Geisteskrankheit" und „Geistesschwäche" sei, ist im Gesetze nicht gesagt. Der Wille des Gesetzes läßt sich jedoch aus der Verschiedenheit der Folgen ermitteln: Die Entmündigung wegen Geisteskrankheit hat völlige Geschäftsunfähigkeit (§ 104 Nr. 3), also Gleichstellung mit den Minderjährigen unter 7 Jahren, die wegen Geistesschwäche nur Beschränkung der Geschäftsfähigkeit, also Gleichstellung mit den Minderjährigen, die das 7. Lebensjahr vollendet haben, zur Folge [2]) (§ 114). Es ergiebt sich hieraus, daß der Unterschied in der verschiedenen Wirkung der Krankheit auf die Freiheit der Willensbestimmung zu finden ist, daß das Gesetz — gleichgültig, wie die Psychiatrie darüber urtheilt — unter Geistesschwäche einen geringeren Grad der geistigen Anomalie versteht. Man kann also sagen: Wenn die geistige Erkrankung dem Erkrankten die freie Willensbestimmung völlig raubt (§ 104 Nr. 2), ihn zu einem Kinde macht (§ 104 Nr. 1), so nennt das Gesetz ihn „geisteskrank" und stellt ihn einem Kinde gleich; wenn die Erkrankung jedoch eine geringere ist, dem Erkrankten noch die Fähigkeiten läßt, wie sie ein Minderjähriger über sieben Jahre zu haben pflegt, so nennt ihn das Gesetz „geistesschwach" und stellt ihn einem Minderjährigen gleich, der das 7. Lebensjahr vollendet hat (§ 114). [3])

2. Die zweite Voraussetzung für die Entmündigung ist, daß der geistig Erkrankte (Geisteskranke oder Geistesschwache) in Folge der Erkrankung seine Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag. Hierbei ist einerseits zu be-

---

tritt erst mit der Rechtskraft ein, eine entgegengesetzte Anordnung wie im Falle des § 53 ist hier nicht zulässig), §§ 19, 60 Nr. 6 (Rechtsmittel: gegen die zurückweisende Verfügung einfache Beschwerde, gegen die stattgebende sofortige Beschwerde), § 31 (Zeugniß über die Rechtskraft). Vergl. ferner EG. Art. 147, RFG. §§ 194, 196. Auf Grund dieser Bestimmungen sind landesrechtlich vielfach andere Behörden zuständig. Vergl. Rausnitz Anm. 1 zu § 196.

[1]) Entmündigt „kann" werden s. hierüber oben § 11 Anm. 3. Zu bemerken ist, daß ein in der Geschäftsfähigkeit Beschränkter (Minderjähriger, wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigter) auch wegen Geisteskrankheit entmündigt werden kann, was wegen der Verschiedenheit der Rechtsfolgen von Wichtigkeit ist. Ferner kann ein Minderjähriger, der also an sich schon in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigt werden. Es ist dies von Wichtigkeit insbesondere im Hinblick auf §§ 2229 Abs. 3, 2253 Abs. 3. Vergl. § 661 CPO., Hölder Anm. 1 b zu § 6.

[2]) Man hat sich also doch wieder den so sehr angefochtenen Bestimmungen des ALR. genähert, wo auch eine Zweitheilung angenommen und die „Wahnsinnigen" den Kindern, die „Blödsinnigen" den Unmündigen gleichgestellt sind (§ 29 I 1); womit jedoch nicht gesagt sein soll, daß der Unterschied in beiden Gesetzen derselbe ist, und daß sich die Definitionen der §§ 27, 28 ALR. I 1 irgendwie für das BGB. verwerthen ließen, wie Cosack I § 21 S. 73 annimmt. Vergl. die Abhandlung von Milserstädt in Gruchot Beitr. Bd. 41 S. 529.

[3]) Vergl. Prot. IV S. 843, 844, VI S. 121, Endemann I §§ 33, 34, insbes. S. 157 Anm. 11; Planck Anm. 3 Abs. 2 zu § 6, Hölder Anm. 5 zu § 6.

achten, daß „Angelegenheiten“ nicht nur Vermögensangelegenheiten sind, sondern alle rechtlichen und thatsächlichen Beziehungen des Menschen umfassen (vergl. § 1910 Abs. 2: Angelegenheiten, insbesondere Vermögensangelegenheiten);[4] andererseits, daß erfordert ist, daß der geistig Erkrankte „seine“ Angelegenheiten, d. h. alle, die Gesammtheit seiner Angelegenheiten, nicht zu besorgen vermag. Bezieht sich die Unfähigkeit nur auf einzelne Angelegenheiten oder einen bestimmten Kreis von Angelegenheiten, so liegt nur geistige „Gebrechlichkeit“ vor, welche nicht zur Entmündigung, sondern allenfalls zur Bestellung eines Pflegers führt, durch welche jedoch die Geschäftsfähigkeit nicht berührt wird (§ 1910 Abs. 2).

II. Wegen Verschwendung, wenn der Verschwender[5] sich oder seine Familie der Gefahr des Nothstandes aussetzt; es genügt die Gefahr des Nothstandes, ohne daß ein solcher bereits eingetreten zu sein braucht.

III. Wegen Trunksucht, wenn der Trunksüchtige entweder seine Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag, oder sich oder seine Familie der Gefahr des Nothstandes aussetzt, oder die Sicherheit Anderer gefährdet. Wenn er, z. B. durch Selbstmordversuche, seine eigene Sicherheit gefährdet, so fällt dies unter die erste Voraussetzung, daß er seine Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag. Trunksüchtig ist, wer einen krankhaften Drang nach geistigen Getränken hat und diesem Drange in übermäßiger Weise nachgiebt.[6]

Der wegen Verschwendung oder wegen Trunksucht Entmündigte ist in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, gleich einem Minderjährigen über 7 Jahr (§ 114).

Zu bemerken ist noch:

1. Der volljährige Entmündigte erhält einen Vormund (§ 1896); wenn die Entmündigung eines Volljährigen beantragt ist, kann er unter vorläufige Vormundschaft gestellt werden (§ 1906, § 657 CPO.), was bereits die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit zur Folge hat (§ 114).

2. Von den weiteren Wirkungen der Entmündigung sind hervorzuheben:[7] Unfähigkeit zum Amte eines Vormundes (§§ 1780, 1885, vergl. ferner §§ 1792 Abs. 4, 1865), zur Errichtung eines Testaments (§ 2229, vergl. jedoch § 2253 Abs. 2). Der wegen Geisteskrankheit Entmündigte kann keine Ehe eingehen (§ 1325), wohl aber der wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigte (§ 1304). Der Verschwendung sind, auch ohne daß Entmündigung erfolgt ist, Rechtswirkungen beigelegt im § 2338 (sog. exheredatio bona mente), 1468 Nr. 4 (1495 Nr. 4, 1542).

3. Die Entmündigung muß wieder aufgehoben werden,[8] wenn ihr Grund weggefallen ist.[9]

---

[4]) Endemann I § 31 S. 145 Anm. 3.

[5]) Ueber den Begriff s. M. I S. 63, 64; Endemann I § 171 Anm. 2; Hölder Anm. 6 zu § 6; Eccius I S. 101. RG. Band 7 S. 349, Str. Arch. Bd. 29 S 20.

[6]) KB. S. 8. Vergl. § 681 CPO.: Ist die Entmündigung wegen Trunksucht beantragt, so kann das Gericht die Beschlußfassung über die Entmündigung aussetzen, wenn Aussicht besteht, daß der zu Entmündigte sich bessern werde.

[7]) Vergl. ferner §§ 1418 Nr. 3 (1425), 1428, 1547, 1676.

[8]) § 6 Abs. 2 sagt: „ist wieder aufzuheben“; für diese von Abs. 1 abweichende Fassung ist kein Grund ersichtlich; es darf nicht etwa daraus geschlossen werden, daß kein Antrag erforderlich wäre; s. §§ 675, 685 CPO. — Abs. 2 hätte besser nach der Terminologie des BGB. lauten müssen: die Wiederaufhebung der Entmündigung kann erfolgen . . . .

[9]) Nicht beizustimmen ist der Ansicht Hölders (Anm. 3 zu § 6), daß, wenn nicht mehr Geisteskrankheit, aber doch noch Geistesschwäche vorliegt, eine partielle Aufhebung der Entmündigung Platz zu greifen hat. Ist die Geisteskrankheit weggefallen, so ist die wegen derselben erfolgte Entmündigung nach § 6 Abs. 2 schlechthin aufzuheben, die Entmündigung wegen Geistesschwäche kann nur auf einen neuen Antrag in einem neuen Verfahren erfolgen.

§ 12. Die Entmündigung.

§ 6. Das BGB., welches im § 6 die Entmündigung wegen anormaler geistiger Zustände, wegen Verschwendung und wegen Trunksucht für zulässig erklärt, giebt weder eine Definition, noch eine genauere Bezeichnung und Eintheilung der geistigen Erkrankungen und ebensowenig eine Definition der Verschwendung und der Trunksucht.

Die Entmündigung ist zulässig:[1])

I. Wegen geistiger Erkrankung, und zwar

1. wenn Geisteskrankheit oder Geistesschwäche vorliegt.

Welches der Unterschied zwischen „Geisteskrankheit" und „Geistesschwäche" sei, ist im Gesetze nicht gesagt. Der Wille des Gesetzes läßt sich jedoch aus der Verschiedenheit der Folgen ermitteln: Die Entmündigung wegen Geisteskrankheit hat völlige Geschäftsunfähigkeit (§ 104 Nr. 3), also Gleichstellung mit den Minderjährigen unter 7 Jahren, die wegen Geistesschwäche nur Beschränkung der Geschäftsfähigkeit, also Gleichstellung mit den Minderjährigen, die das 7. Lebensjahr vollendet haben, zur Folge[2]) (§ 114). Es ergiebt sich hieraus, daß der Unterschied in der verschiedenen Wirkung der Krankheit auf die Freiheit der Willensbestimmung zu finden ist, daß das Gesetz — gleichgültig, wie die Psychiatrie darüber urtheilt — unter Geistesschwäche einen geringeren Grad der geistigen Anomalie versteht. Man kann also sagen: Wenn die geistige Erkrankung dem Erkrankten die freie Willensbestimmung völlig raubt (§ 104 Nr. 2), ihn zu einem Kinde macht (§ 104 Nr. 1), so nennt das Gesetz ihn „geisteskrank" und stellt ihn einem Kinde gleich; wenn die Erkrankung jedoch eine geringere ist, dem Erkrankten noch die Fähigkeiten läßt, wie sie ein Minderjähriger über sieben Jahre zu haben pflegt, so nennt ihn das Gesetz „geistesschwach" und stellt ihn einem Minderjährigen gleich, der das 7. Lebensjahr vollendet hat (§ 114).[3])

2. Die zweite Voraussetzung für die Entmündigung ist, daß der geistig Erkrankte (Geisteskranke oder Geistesschwache) in Folge der Erkrankung seine Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag. Hierbei ist einerseits zu be-

---

tritt erst mit der Rechtskraft ein, eine entgegengesetzte Anordnung wie im Falle des § 53 ist hier nicht zulässig), §§ 19, 60 Nr. 6 (Rechtsmittel: gegen die zurückweisende Verfügung einfache Beschwerde, gegen die stattgebende sofortige Beschwerde), § 31 (Zeugniß über die Rechtskraft). Vergl. ferner EG. Art. 147, RFG. §§ 194, 196. Auf Grund dieser Bestimmungen sind landesrechtlich vielfach andere Behörden zuständig. Vergl. Rausnitz Anm. 1 zu § 196.

[1]) Entmündigt „kann" werden s. hierüber oben § 11 Anm. 3. Zu bemerken ist, daß ein in der Geschäftsfähigkeit Beschränkter (Minderjähriger, wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigter) auch wegen Geisteskrankheit entmündigt werden kann, was wegen der Verschiedenheit der Rechtsfolgen von Wichtigkeit ist. Ferner kann ein Minderjähriger, der also an sich schon in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigt werden. Es ist dies von Wichtigkeit insbesondere im Hinblick auf §§ 2229 Abs. 3, 2253 Abs. 3. Vergl. § 661 CPO., Hölder Anm. 1 b zu § 6.

[2]) Man hat sich also doch wieder den so sehr angefochtenen Bestimmungen des ALR. genähert, wo auch eine Zweitheilung angenommen und die „Wahnsinnigen" den Kindern, die „Blödsinnigen" den Unmündigen gleichgestellt sind (§ 29 I 1); womit jedoch nicht gesagt sein soll, daß der Unterschied in beiden Gesetzen derselbe ist, und daß sich die Definitionen der §§ 27, 28 ALR. I 1 irgendwie für das BGB. verwerthen ließen, wie Cosack I § 21 S. 73 annimmt. Vergl. die Abhandlung von Milserstädt in Gruchot Beitr. Bd. 41 S. 529.

[3]) Vergl. Prot. IV S. 843, 844, VI S. 121, Endemann I §§ 33, 34, insbes. S. 157 Anm. 11; Planck Anm. 3 Abs. 2 zu § 6, Hölder Anm. 5 zu § 6.

achten, daß „Angelegenheiten" nicht nur Vermögensangelegenheiten sind, sondern alle rechtlichen und thatsächlichen Beziehungen des Menschen umfassen (vergl. § 1910 Abs. 2: Angelegenheiten, insbesondere Vermögensangelegenheiten);[4]) andererseits, daß erfordert ist, daß der geistig Erkrankte „seine" Angelegenheiten, d. h. alle, die Gesammtheit seiner Angelegenheiten, nicht zu besorgen vermag. Bezieht sich die Unfähigkeit nur auf einzelne Angelegenheiten oder einen bestimmten Kreis von Angelegenheiten, so liegt nur geistige „Gebrechlichkeit" vor, welche nicht zur Entmündigung, sondern allenfalls zur Bestellung eines Pflegers führt, durch welche jedoch die Geschäftsfähigkeit nicht berührt wird (§ 1910 Abs. 2).

II. Wegen Verschwendung, wenn der Verschwender[5]) sich oder seine Familie der Gefahr des Nothstandes aussetzt; es genügt die Gefahr des Nothstandes, ohne daß ein solcher bereits eingetreten zu sein braucht.

III. Wegen Trunksucht, wenn der Trunksüchtige entweder seine Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag, oder sich oder seine Familie der Gefahr des Nothstandes aussetzt, oder die Sicherheit Anderer gefährdet. Wenn er, z. B. durch Selbstmordversuche, seine eigene Sicherheit gefährdet, so fällt dies unter die erste Voraussetzung, daß er seine Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag. Trunksüchtig ist, wer einen krankhaften Drang nach geistigen Getränken hat und diesem Drange in übermäßiger Weise nachgiebt.[6])

Der wegen Verschwendung oder wegen Trunksucht Entmündigte ist in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, gleich einem Minderjährigen über 7 Jahr (§ 114).

Zu bemerken ist noch:

1. Der volljährige Entmündigte erhält einen Vormund (§ 1896); wenn die Entmündigung eines Volljährigen beantragt ist, kann er unter vorläufige Vormundschaft gestellt werden (§ 1906, § 657 CPO.), was bereits die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit zur Folge hat (§ 114).

2. Von den weiteren Wirkungen der Entmündigung sind hervorzuheben:[7]) Unfähigkeit zum Amte eines Vormundes (§§ 1780, 1885, vergl. ferner §§ 1792 Abs. 4, 1865), zur Errichtung eines Testaments (§ 2229, vergl. jedoch § 2253 Abs. 2). Der wegen Geisteskrankheit Entmündigte kann keine Ehe eingehen (§ 1325), wohl aber der wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigte (§ 1304). Der Verschwendung sind, auch ohne daß Entmündigung erfolgt ist, Rechtswirkungen beigelegt im § 2338 (sog. exheredatio bona mente), 1468 Nr. 4 (1495 Nr. 4, 1542).

3. Die Entmündigung muß wieder aufgehoben werden,[8]) wenn ihr Grund weggefallen ist.[9])

---

[4]) Endemann I § 31 S. 145 Anm. 3.

[5]) Ueber den Begriff s. M. I S. 63, 64; Endemann I § 171 Anm. 2; Hölder Anm. 6 zu § 6; Eccius I S. 101. RG. Band 7 S. 349, Str. Arch. Bd. 29 S. 20.

[6]) KB. S. 8. Vergl. § 681 CPO.: Ist die Entmündigung wegen Trunksucht beantragt, so kann das Gericht die Beschlußfassung über die Entmündigung aussetzen, wenn Aussicht besteht, daß der zu Entmündigte sich bessern werde.

[7]) Vergl. ferner §§ 1418 Nr. 3 (1425), 1428, 1547, 1676.

[8]) § 6 Abs. 2 sagt: „ist wieder aufzuheben"; für diese von Abs. 1 abweichende Fassung ist kein Grund ersichtlich; es darf nicht etwa daraus geschlossen werden, daß kein Antrag erforderlich wäre; s. §§ 675, 685 CPO. — Abs. 2 hätte besser nach der Terminologie des BGB. lauten müssen: die Wiederaufhebung der Entmündigung kann erfolgen . . . .

[9]) Nicht beizustimmen ist der Ansicht Hölders (Anm. 3 zu § 6), daß, wenn nicht mehr Geisteskrankheit, aber doch noch Geistesschwäche vorliegt, eine partielle Aufhebung der Entmündigung Platz zu greifen hat. Ist die Geisteskrankheit weggefallen, so ist die wegen derselben erfolgte Entmündigung nach § 6 Abs. 2 schlechthin aufzuheben, die Entmündigung wegen Geistesschwäche kann nur auf einen neuen Antrag in einem neuen Verfahren erfolgen.

4. Das Verfahren in Entmündigungssachen ist in den §§ 645 ff. CPO. geregelt.[10])

§ 13. Der Wohnsitz.

§§ 7, 8. Wohnsitz[1]) ist der ständige Aufenthaltsort einer Person, an welchem sich eine auf ihre gesammten Verhältnisse sich beziehende Niederlassung befindet.[2]) Der Wohnsitz wird begründet durch die Niederlassung an einem Orte[3]) in der Absicht, dort ständig zu bleiben (§ 7 Abs. 1). Er wird aufgegeben durch die Aufhebung der Niederlassung mit dem Willen, sie ständig aufzugeben (§ 7 Abs. 3). Der Aufenthalt, welcher den Wohnsitz begründet, braucht kein ununterbrochener zu sein, so daß der Wohnsitz gleichzeitig an mehreren Orten bestehen kann (§ 7 Abs. 2). Geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Personen können nur mit dem Willen ihres gesetzlichen Vertreters einen Wohnsitz begründen oder aufheben (§ 8).[4]) Dieser Wille muß also zu der thatsächlich erfolgten Niederlassung oder Aufgabe der Niederlassung seitens der geschäftsunfähigen oder beschränkt geschäftsfähigen Personen hinzukommen.

In gewissen Fällen wird der Wohnsitz nicht durch eigene Wahl, sondern durch das Gesetz (gesetzlicher Wohnsitz) oder kraft Gesetzes durch den Wohnsitz einer anderen Person bestimmt (abgeleiteter Wohnsitz).

---

[10]) Hervorzuheben ist, daß die Entmündigung nur auf Antrag erfolgt. Antragsberechtigt sind die in §§ 646 (680) CPO. bezeichneten Personen; ferner kann nach § 680 Abs. 5 CPO., Art. 1 III des Pr.AG. zur CPO. die Entmündigung wegen Verschwendung oder Trunksucht auch vom Armenverbande beantragt werden. — Die Entmündigung wegen Geisteskrankheit tritt mit der Zustellung des Beschlusses an den gesetzlichen Vertreter, resp. mit der Bestellung des Vormundes (§ 661 Abs. 1 CPO.), die Entmündigung, die nur Beschränkung der Geschäftsfähigkeit zur Folge hat, mit der Zustellung des Beschlusses an den Entmündigten selbst (§§ 661 Abs. 2, 683 Abs. 2, vergl. aber § 2229 Abs. 3 Satz 2) in Wirksamkeit. Jeder dem zu Entmündigenden oder Entmündigten günstige Beschluß ist mit der sofortigen Beschwerde (§§ 663, 678 Abs. 2, 680 Abs. 3), jeder ungünstige mit der Klage (§§ 664, 679, 684, 686) anfechtbar, jedoch ist der Beschluß, durch welchen die Entmündigung wegen Verschwendung oder wegen Trunksucht aufgehoben wird, unanfechtbar (§ 685).

[1]) Der Wohnsitz ist für das internationale Privatrecht von Bedeutung (siehe oben § 3 unter II). Vgl. auch §§ 269 Abs. 1, 270, 1433, 1558, 1944 Abs. 3, 1954 Abs. 3, 132 Abs. 2. CPO. § 13. Wohnort (§§ 570, 1354) ist im Sinne des BGB. mit Wohnsitz nicht identisch; ersterer bezeichnet den Ort, an dem Jemand eine Wohnung hat. Der Aufenthalt kommt in Betracht in den §§ 132 Abs. 2, 1320 Abs. 2 und 3, 1631 Abs. 1, EG. Art. 8, 29.

[2]) Die Bedenken gegen die Begriffsbestimmung des Wohnsitzes als des Mittelpunkts der gesammten Lebensverhältnisse sind jedenfalls gegenüber der Vorschrift des § 7 Abs. 2 begründet. Einen mehrfachen Mittelpunkt kann es nicht geben. Planck Anm. 5 zu § 7, Leonhard § 30 III, Rehbein Anm. IV, 2 zu § 7. A. M. Hölder Anm. 2 B. zu § 7. Entscheidend ist, daß die Niederlassung sich auf die gesammten Verhältnisse bezieht. A., der ein Geschäft in Berlin betreibt und mit seiner Familie dort wohnt, hat auch eine Zweigniederlassung in Breslau, wo er sich in Folge dessen in jedem Jahre einige Zeit aufhält. Er hat seinen Wohnsitz nur in Berlin, nicht in Breslau, weil seine dortige Niederlassung nur eine geschäftliche ist. — Eine Opernsängerin, die für die Zeit vom 1. März bis 1. October an der Dresdener, vom 1. October bis 1. März an der Berliner Oper lebenslänglich angestellt ist und in Dresden und in Berlin eine Wohnung hat, hat an beiden Orten den Wohnsitz.

[3]) Unter Ort im Sinne der §§ 7 ff. ist die politische Gemeinde als solche zu verstehen, nicht gerade die Stelle, an der sich z. B. die Wohnung der Person befindet. Mag Jemand in Berlin in Moabit, auf dem Gesundbrunnen, in der Königstadt wohnen, seinen Wohnsitz bildet stets der Bezirk der Stadt Berlin, nicht der Stadttheil, in dem er wohnt.

[4]) Die Begründung und Aufhebung des Wohnsitzes sind Rechtshandlungen, nicht Rechtsgeschäfte. Deshalb war die Bestimmung des § 8 erforderlich, da die §§ 105, 106 ff., 114 nur auf Rechtsgeschäfte Anwendung finden. Vergl. M. I S. 72.

1. Einen gesetzlichen Wohnsitz haben Militärpersonen, d. h. die Personen des Soldatenstandes und die Militärbeamten des deutschen Heeres und der Kaiserlichen Marine (Reichsgesetz vom 9. 11. 1867 §§ 2, 13, Militär-Straf-Gesetzbuch vom 20. 6. 1872 § 4, Reichs-Militär-Gesetz vom 2. 5. 1874 § 38), und zwar am Garnisonort, oder, falls sie einen solchen im deutschen Reiche nicht haben, am letzten Garnisonort ihres Truppentheils (§ 9 Abs. 1). Doch wird für Militärpersonen, welche nur zur Erfüllung der Wehrpflicht dienen, oder die nicht selbständig einen Wohnsitz begründen können (§ 8), auch dieser gesetzliche Wohnsitz nicht begründet (§ 9 Abs. 2), so daß sie ihren früheren Wohnsitz behalten. **§ 9.**

2. Einen abgeleiteten Wohnsitz haben Ehefrauen und Kinder.

a) Ehefrauen theilen den Wohnsitz des Mannes (§ 10 Abs. 1 Satz 1). **§ 10.** Dieser abgeleitete Wohnsitz der Ehefrau ist ein Zwangswohnsitz. Er beginnt mit der Eheschließung und endigt mit der Auflösung der Ehe durch Tod, Scheidung oder Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft. Bei bestehender Ehe kann die Ehefrau selbst mit Zustimmung des Ehemanns einen selbständigen Wohnsitz nicht begründen. Hiervon bestehen nur zwei Ausnahmen: die Ehefrau kann einen Wohnsitz selbständig begründen einmal, so lange der Mann keinen Wohnsitz hat, sodann, wenn der Mann seinen Wohnsitz im Ausland an einem Orte begründet, an den die Frau ihm thatsächlich nicht folgt und rechtlich nicht zu folgen braucht.[5]) Letzteren Falles theilt nämlich die Ehefrau ausnahmsweise den Wohnsitz des Mannes nicht (§ 10 Abs. 2, Abs. 1 Satz 2, § 1354 Abs. 2). Solange der Mann einen Wohnsitz im Inlande hat, bleibt der Zwangswohnsitz der Ehefrau bestehen, auch wenn sich die Ehegatten thatsächlich trennen, und selbst wenn diese Trennung eine berechtigte ist (vergl. §§ 1353 Abs. 2, 1354 Abs. 2, 1361). Mit der Auflösung der Ehe hört der abgeleitete Wohnsitz der Ehefrau von selbst auf.[6])

b) Eheliche (auch legitimierte) Kinder theilen den Wohnsitz des Vaters, **§ 11.** uneheliche den der Mutter, an Kindesstatt angenommene den des Annehmenden (§ 11 Abs. 1 Satz 1), auch wenn die Annahme durch eine Frau erfolgt.[7]) Gleichgültig ist dabei, ob dem Vater, der Mutter, dem Annehmenden die elterliche Gewalt zusteht. Im Uebrigen theilen eheliche Kinder niemals den Wohnsitz der Mutter, selbst wenn sie Inhaberin der elterlichen Gewalt ist.

Der abgeleitete Wohnsitz der Kinder unterscheidet sich von dem der Ehefrauen dadurch, daß er kein Zwangswohnsitz ist. Das Kind kann ihn, soweit es geschäftsfähig ist, selbständig, anderenfalls mit dem Willen seines gesetzlichen Vertreters aufgeben (§ 11 Abs. 1 Satz 2, § 8), es kann auch einen selbständigen Wohnsitz begründen. Dem entsprechend erhält auch ein legitimiertes

---

[5]) Auch wenn die Ehefrau dem Manne zunächst folgt, sich dann aber von ihm trennt, hört beim Vorliegen der übrigen Voraussetzungen der abgeleitete Wohnsitz auf. Planck Anm. 5 zu § 10.

[6]) A. M. Rehbein Anm. IV, 4 zu §§ 1—20, nach dem die Ehefrau auch nach Auflösung der Ehe den abgeleiteten Wohnsitz behält, bis sie ihn aufgiebt. Nach § 10 Abs. 1 S. 1 theilt die Ehefrau den Wohnsitz des Mannes. Besteht ein Wohnsitz des Mannes nicht mehr, so kann ihn die Ehefrau in Ermangelung einer positiven Vorschrift (vergl. § 11 Abs. 1 S. 2) nicht mehr theilen. Thatsächlich wird, wenn die Eheleute zusammen gelebt haben und die Ehefrau nach Auflösung der Ehe an demselben Orte bleibt, anzunehmen sein, daß sie an diesem einen selbständigen Wohnsitz begründet hat. Hatten die Eheleute getrennt an verschiedenen Orten gelebt, so wird von Auflösung der Ehe an regelmäßig der Wohnort der Ehefrau auch ihr Wohnsitz sein.

[7]) Erfolgt die Annahme an Kindesstatt durch beide Ehegatten oder nimmt die Ehefrau das Kind ihres Mannes an Kindesstatt an, so theilt das Kind den Wohnsitz des Mannes. (§§ 1757, 11 Abs. 1, M. I S. 76.)

oder an Kindesstatt angenommenes Kind den abgeleiteten Wohnsitz nicht, wenn die Legitimation oder Annahme erst nach dem Eintritte der Volljährigkeit des Kindes erfolgt (§ 11 Abs. 2).[8]) Andererseits hört der abgeleitete Wohnsitz des Kindes nicht, wie der der Ehefrau, mit der Auflösung der Ehe, dadurch auf, daß der Vater oder der Annehmende die elterliche Gewalt verliert oder stirbt oder den Wohnsitz aufgiebt, ohne einen neuen zu begründen. In diesen Fällen behält das Kind den letzten Wohnsitz des Vaters oder des Annehmenden, bis es ihn rechtsgültig aufgiebt (§ 11 Abs. 1 S. 2).[9])[10])

§ 14. Leben und Tod. Die Todeserklärung.

I. Daß die Rechtsfähigkeit des Menschen mit dem Tode endigt, ist als selbstverständlich im Gesetze nicht ausgesprochen.[1])

Daß und wann Jemand gestorben ist, muß wie jede andere Thatsache von dem, der daraus Rechte für sich herleitet, bewiesen werden. Als Beweismittel kommen wieder an erster Stelle die Standesregister in Betracht (§ 15 des Personenstandes-Ges.), wobei zu beachten ist, daß das Sterberegister auch dazu bestimmt ist, Tag und Stunde des erfolgten Todes zu beurkunden (§ 59 Nr. 2 d. G.), sodaß also auch für die ins Sterberegister eingetragene Todeszeit der Beweis nach § 15 d. G. erbracht wird. Eine Vermuthung rücksichtlich des Todes stellt § 20 für den Fall auf, daß mehrere in einer gemeinsamen Gefahr umgekommen sind; es wird angenommen, daß sie gleichzeitig gestorben sind, also keiner Erbe des anderen geworden ist.[2]) Gegenbeweis ist nach § 292 CPO. zulässig.

§ 20.

§ 13.

II. Kann über das Leben oder den Tod eines Abwesenden keine zuverlässige Nachricht erlangt werden,[3]) so kann[4]) er für todt erklärt werden. Es ist zu unterscheiden:

---

[8]) Ein bei der Annahme volljähriges Kind behält also den Wohnsitz seines natürlichen Vaters, falls es ihn nicht rechtsgültig aufgegeben hat.

[9]) Für den durch den Wohnsitz bestimmten allgemeinen Gerichtsstand einer Person (CPO. § 13) sind gleichfalls die §§ 7—11 BGB. maßgebend. Für Deutsche, die das Recht der Exterritorialität genießen, sowie für die im Ausland angestellten Beamten, für die durch das BGB. ein gesetzlicher Wohnsitz im Inlande nicht bestimmt ist, enthält § 15 CPO. eine Sondervorschrift über den Wohnsitz in Ansehung des Gerichtsstandes. — Einen abgeleiteten Wohnsitz des Gesindes am Wohnsitze der Dienstherrschaft kennt das BGB. nicht. § 13 I, 2 Preuß. AGO. ist, falls er nicht schon durch die CPO. aufgehoben ist (vergl. Eccius I S. 56 Anm. 7), durch Art. 95 EG. nicht aufrecht erhalten, da er dem Wohnsitzrechte, nicht dem Gesinderecht, angehört.

[10]) Juristische Personen haben keinen Wohnsitz; demselben entspricht ihr Sitz, der regelmäßig der Ort ist, an dem die Verwaltung geführt wird (§§ 24, 80, CPO. § 17).

[1]) Vergl. Prot. VI S. 106, 107, KB. S. 8.

[2]) Die Vorschrift schließt sich an die des § 39 I 1 ALR. an, ist aber enger als diese, da sie nur bei einer gemeinsamen Gefahr (z. B. Untergang eines Schiffes, Erdbeben, Ueberschwemmung u. s. w.) Anwendung findet, während die landrechtliche sich auf jeden Fall bezieht, in dem Mehrere dergestalt zu gleicher Zeit verstorben sind, daß nicht ausgemittelt werden kann, wer zuerst verstorben ist.

[3]) Das Gesetz macht zur Voraussetzung der Todeserklärung die Verschollenheit, ohne diesen Begriff, den es als feststehend annimmt, zu erläutern. Vergl. Hachenberg S. 338. Nach dem BGB. sind zu unterscheiden: Abwesende (§ 1911 Abs. 2), Abwesende, deren Aufenthalt unbekannt ist (§ 1911 Abs. 1), Abwesende, deren Aufenthalt dauernd unbekannt ist (§§ 1305 Abs. 2, 1726 Abs. 3), Verschollene. Der Unterschied ist kein qualitativer, sondern nur ein quantitativer. Es ist daher zulässig, alle Vorschriften, die für Abwesende gegeben sind, auf Verschollene anzuwenden (z. B. die Abwesenheitspflegschaft, § 1911), denn jeder Verschollene ist ein Abwesender, dagegen dürfen Bestimmungen, die für Verschollene

1. Die reguläre Todeserklärung (§ 14). Sie ist zulässig, wenn seit dem Ablaufe des letzten Jahres, in dem der Verschollene nach den eingegangenen Nachrichten noch gelebt hat, zehn Jahre verstrichen sind;[5]) würde der Verschollene das 70. Lebensjahr zur Zeit der Erlassung des Urtheils vollendet haben, so genügen 5 Jahre.[6]) Bei Minderjährigen ist der Zeitraum erst vom Eintritte der Volljährigkeit an zu berechnen, sodaß also die Todeserklärung nicht vor Ablauf des Jahres erfolgen darf, in welchem der Verschollene das 31. Lebensjahr vollendet haben würde. § 14.

2. Die Todeserklärung in besonderen Fällen:[7]) §§ 15—17.

a) bei Kriegsverschollenheit[8]) (§ 15). Die Verschollenheitsfrist beträgt drei Jahre vom Friedensschluß, und wenn ein solcher nicht stattgefunden hat, vom Schlusse des Jahres an, in welchem der Krieg thatsächlich beendet worden ist;

b) bei Seeverschollenheit (§ 16). Die Frist ist ein Jahr seit dem wirklichen oder nach § 16 Abs. 2 vermutheten Untergange des Schiffes. Vorausgesetzt ist jedoch immer der Untergang oder die Verschollenheit des Fahrzeugs; verunglückt sonst Jemand auf einer Seefahrt, so kommt § 14, allenfalls § 17 zur Anwendung;

c) wenn jemand sonst in eine Lebensgefahr gerathen (z. B. bei einem Schiffsuntergang auf einem Binnengewässer, einem Theaterbrand, einem Eisenbahnunfall) und seitdem verschollen ist (§ 17). Die Frist ist drei Jahre seit dem die Todesgefahr mit sich führenden Ereignisse. „In eine Lebensgefahr gerathen" ist auch, wer auf ein an sich besonders gefährliches Unternehmen sich einläßt (z. B. die Andrée'sche Luft-Ballonfahrt), wenn auch ein Unfall nicht nachweisbar ist.

III. Die Todeserklärung erfolgt im Wege des Aufgebotsverfahrens nach

---

gelten, nicht auf andere Abwesende angewendet werden. Es ist daher unrichtig, wenn Leonhardt (S. 77 Anm. 3) die Lebensvermuthung des § 19 auch auf Abwesende schlechthin bezieht. Der Satz: „majori inest minus" paßt nicht, denn Verschollenheit ist der engere Begriff, in dem der weitere der Abwesenheit nicht eingeschlossen ist. — In den §§ 927, 1884 Abs. 1 sind Rechtsfolgen an die bloße Verschollenheit ohne Todeserklärung geknüpft.

[4]) „kann" (§ 13) s. oben § 11 Anm. 3.

[5]) Die Fassung des § 14 Satz 1 in Verbindung mit Abs. 3 ist insofern nicht ganz genau, als in Satz 1 das Eingehen der Nachricht in der zehnjährigen Frist für entscheidend erklärt ist, während es nur darauf ankommt, ob der Verschollene in dieser Frist gelebt hat. Wenn z. B. der Verschollene nach den vorliegenden Nachrichten zuletzt i. J. 1906 gelebt hat, so ist die Todeserklärung nach dem 31. December 1916 zulässig; wenn nun 1912, also innerhalb der zehnjährigen Frist, eine Nachricht eingeht, daß er i. J. 1903 gelebt hat, so ist zwar eine Nachricht von seinem Leben eingegangen, aber eine offenbar irrelevante Nachricht.

[6]) Diese Bestimmung ist dem § 830 I 18 ALR. nachgebildet, weicht aber von ihm sehr wesentlich ab. Während nämlich das ALR. Verschollenheit in oder nach dem 65. Lebensjahre voraussetzt, kommt es nach dem BGB. für die kürzere Frist nur darauf an, ob der Verschollene z. Z. der Todeserklärung das 70. Lebensjahr vollendet haben würde. Es brauchen nur beide Erfordernisse: Ablauf der 5 Jahre und Vollendung des 70. Lebensjahres nebeneinander vorzuliegen; Zeitpunkt des Todes ist der spätere der beiden Endtage. Es kann also z. B. Jemand, der in seinem 63. Lebensjahre verschollen ist, bereits nach 7 Jahren, sobald er das 70. Lebensjahr vollendet hat, für todt erklärt werden.

[7]) In diesen Fällen sowie wenn seit der Geburt des Verschollenen 100 Jahre verstrichen sind, kann die Bekanntmachung des Aufgebots durch öffentliche Blätter unterbleiben (§ 966 CPO.).

[8]) Es ist auch in diesem Falle — entgegen dem § 35 I 1 ALR. — eine Todeserklärung erforderlich.

den Vorschriften der §§ 960—976 CPO.[9]) — Das Ausschlußurtheil hat nur deklaratorische Wirkung[10]): es ist in dem Tenor des Urtheils der Zeitpunkt des Todes festzusetzen (§ 970 Abs. 2 CPO.) und dieser Zeitpunkt, nicht der des Erlasses des Urtheils, ist der vermuthete Zeitpunkt des Todes des Verschollenen. Als Zeitpunkt des Todes ist im Urtheile der anzugeben, der durch die Ermittelungen des Richters (§ 968 CPO.) festgestellt worden ist,[11]) in Ermangelung einer solchen Feststellung: bei der regulären Todeserklärung der letzte Tag des zehn- oder fünfjährigen Zeitraums (resp. der Tag der Vollendung des 70., resp. des 31. Lebensjahrs), bei den besonderen Fällen im Falle a: der Zeitpunkt des Friedensschlusses oder der Schluß des Jahres, in welchem der Krieg beendet worden ist, im Falle b: der Zeitpunkt, in welchem das Fahrzeug wirklich oder vermuthlich (§ 16 Abs. 2) untergegangen ist, im Falle c: der Zeitpunkt, in welchem das Ereigniß stattgefunden hat.[12]) — Ist in dem Urtheile die Todeszeit nur dem Tage nach festgestellt, so ist das Ende des Tages der Zeitpunkt des Todes. — Zu beachten ist, daß nach § 973 CPO. die Anfechtungsklage gegen das Ausschlußurtheil auch wegen unrichtiger Feststellung des Zeitpunkts des Todes stattfindet.

§§ 18, 19. V. Die Todeserklärung begründet die positive Vermuthung, daß der Verschollene zu der im Urtheil angegebenen Zeit gestorben ist, also auch die Vermuthung, daß er bis dahin gelebt hat (§ 18). Diese Lebensvermuthung ist im § 19 auch auf den Fall ausgedehnt, daß eine Todeserklärung nicht erfolgt ist: es wird dann das Fortleben des Verschollenen bis zu dem im § 18 Abs. 2 subsidiär vorgeschriebenen Zeitpunkte des Todes vermuthet. Die Beweislast dafür, daß diese Todeszeit noch nicht eingetreten, trifft den, der sich auf die Vermuthung des § 19 beruft.[13]) — Zu beachten ist, daß § 19 nicht etwa auch eine Todesvermuthung enthält; nach dem Zeitpunkte des § 18 Abs. 2 ist Leben oder Tod wieder ungewiß, so daß die Beweislast den trifft, der aus der Thatsache des Lebens oder des Todes Rechte für sich herleitet.

VI. Die durch die Todeserklärung begründete Vermuthung kann jederzeit

---

[9]) Hervorzuheben ist, daß außer dem gesetzlichen Vertreter — der zu dem Antrage der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf — Jeder antragsberechtigt ist, der an der Todeserklärung ein rechtliches Interesse hat (§ 962 CPO., vergl. § 974 CPO.). Das Verfahren ist ein Offizialverfahren (§ 968 CPO.).

[10]) Im Gegensatze zum früheren preußischen Rechte (ALR. § 835 II 18).

[11]) Es ist also zu beachten, daß die Feststellung eines bestimmten Todestags nicht etwa das Verfahren beendet, daß vielmehr, wenn die in den §§ 14—17 aufgestellten Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Todeserklärung vorliegen, das Ausschlußurtheil ergehen muß und zwar selbst dann, wenn es zur Konstatierung des Todestags der Todeserklärung nicht mehr bedarf, sondern vielleicht sogar eine Sterbeurkunde verschafft werden könnte. Vergl. Planck Anm. 4 zu § 18, Hölder S. 107 unter VII, und Anm. 1d zu § 14.

[12]) Der Zeitpunkt des Erlasses des Urtheils ist entscheidend in den Fällen der §§ 1884 Abs. 2, 1885, 1921.

[13]) Vergl. Crome I § 40 Anm. 35. A. M. Planck Anm. 2 zu § 19; es ist jedoch zu beachten, daß in § 19 nicht eine allgemeine Vermuthung für das Fortleben aufgestellt ist, die in einem gewissen Falle fortfällt, sondern eine „beschränkte Lebensvermuthung" (Prot. 1 S. 22), die nur unter der Voraussetzung, daß der Zeitpunkt des § 18 Abs. 2 noch nicht eingetreten ist, gegeben ist. Macht z. B. der Pfleger eines noch nicht für todt erklärten Verschollenen für diesen Erbansprüche geltend, so muß er beweisen, daß der Abwesende zur Zeit des Erbfalls gelebt hat (§ 1923); beruft er sich hierfür auf die Vermuthung des § 19, so muß er beweisen, daß die Voraussetzungen dieser Vermuthung vorliegen. — Daß die Vermuthung des § 19 nicht für jeden Abwesenden, sondern nur für Verschollene gilt, darüber s. die Anm. 3. Auch der Beweis der Verschollenheit liegt dem ob, der sich auf die Vermuthung beruft.

durch Gegenbeweis widerlegt werden (§ 292 CPO.)[14]): die Todeserklärung verliert dann ihre Wirkung, gleich als ob sie nicht erfolgt wäre. Einige Ausnahmen greifen im Familienrechte Platz: §§ 1348 ff. (für den Fall der Wiederverheirathung), 1420, 1425 (Verwaltung und Nutznießung des Mannes treten nicht von selbst wieder ein, sondern durch Klage auf Wiederherstellung), 1679 (ähnlich bei der elterlichen Gewalt), vergl. ferner: §§ 1544, 1547, 1884 Abs. 2, 1885, 1921 Abs. 3.

Ueber die Rechte des noch lebenden Verschollenen vergl. §§ 2031 und 2370 Abs. 2.

Zweiter Titel.

Juristische Personen.

I. Einleitung.

§ 15. Begriff und Inhalt der juristischen Persönlichkeit.

1. Unter Person wird im Rechtssinne das Wesen verstanden, welches fähig ist, Rechtssubjekt, d. h. Träger von Rechten und Pflichten zu sein.[1]) Jedes entwickelte Recht kennt als Rechtssubjekt nicht nur die einzelnen Menschen, sondern neben ihnen auch gewisse Vereinigungen und Veranstaltungen der Menschen. Wo in den Fällen, in denen die Erreichung eines bestimmten Zweckes über Kraft und Fähigkeit des Einzelnen hinausgeht, sich Mehrere zur Erreichung dieses Zweckes verbinden, wo das Bestehen einer Veranstaltung unabhängig gestellt werden soll von dem Willen und dem Leben derjenigen, die sie geschaffen und die sie zur Zeit verwalten, stellt sich häufig die Nothwendigkeit heraus, zur vollständigen Erreichung dieser Ziele die Vereinigung oder Veranstaltung als solche mit der Fähigkeit auszustatten, Träger von Rechten und Pflichten zu sein. Besitzt sie diese Fähigkeit, so ist sie damit im Rechtssinn eine Person. Dem einzelnen Menschen kommt nach den heute geltenden Anschauungen die Fähigkeit, Rechtssubjekt zu sein, von Natur zu,[2]) er ist eine natürliche Person. Einer Vereinigung oder Veranstaltung von Menschen wird diese Fähigkeit erst durch eine Satzung des positiven Rechtes beigelegt. Man bezeichnet deshalb die mit der Fähigkeit, Rechtssubjekt zu sein, ausgestattete Vereinigung oder Veranstaltung als juristische Person.[3])

---

[14]) Es konkurrieren also die Anfechtungsklage aus § 973 CPO. und die Zulässigkeit des Gegenbeweises aus § 292 CPO., und letztere ist auch gegeben, wenn die Frist des § 976 CPO. verstrichen ist. Der Unterschied in der Wirkung der beiden Rechtsbehelfe besteht darin, daß die Anfechtungsklage die Todeserklärung objektiv, für alle, beseitigt, während der Gegenbeweis nur subjektive Bedeutung, inter partes, hat.

[1]) Person im natürlichen Sinne ist das mit Willensfähigkeit ausgestattete Individuum, der Mensch. Es ist von vornherein festzuhalten, daß hier überall nur von Personen im Rechtssinne die Rede ist (vergl. Dernburg PR. I § 49 Anm. 2).

[2]) Eine positive Bestimmung, daß dem Menschen Persönlichkeit zukommt, enthält das BGB. nicht. Es setzt vielmehr die Persönlichkeit des Menschen voraus (siehe oben S. 35 § 10).

[3]) Nach den Ausführungen im Texte ist die Bezeichnung „juristische Person", welche durch das BGB. nunmehr gesetzlich festgelegt ist (vergl. die Ueberschriften vor §§ 21, 89 und §§ 1061 S. 2, 2044 Abs. 2 S. 3, 2101 Abs. 2, 2109 Abs. 2, 2106 Abs. 2 S. 2,

2. Die juristische Person ist hiernach eine Vereinigung von Menschen oder eine Veranstaltung, welcher als solcher durch positive Satzung die Fähigkeit beigelegt ist, Rechtssubjekt zu sein. Träger der Rechte und Pflichten der juristischen Person sind nicht die einzelnen Menschen, welche die Vereinigung bilden, die Veranstaltung geschaffen haben, sie verwalten, oder diejenigen, zu deren Besten die Veranstaltung geschaffen ist, sondern die Vereinigung, die Veranstaltung als solche, welche eine, von den an ihnen betheiligten Menschen völlig unabhängige, selbständige Persönlichkeit darstellen. Die juristische Person ist weder eine Fiktion noch besteht sie kraft einer Fiktion. Die Vereinigung und die Veranstaltung haben eine reale Existenz, ebenso wie der einzelne Mensch; die Persönlichkeit kommt ihnen kraft Rechtssatzes zu. Für eine Fiktion ist hier nirgends Raum. [4])

3. Mit dem hier dargelegten Standpunkte stimmen auch die Vorschriften des BGB. überein. Dieselben ergeben, daß nach der Auffassung des Gesetzes die juristische Person keine Fiktion, sondern etwas wirklich Bestehendes ist. Der Verein muß, bevor er die Rechtsfähigkeit erlangen kann, thatsächlich bestehen (§§ 21—23, 55 ff.). Es liegt auf der Hand, daß er durch die staatliche Anerkennung nicht seine thatsächliche Existenz verlieren und zu einer Fiktion werden kann. [5]) Daß dies nicht der Fall ist, ergiebt sich auch daraus, daß das Gesetz zwischen Auflösung des Vereins und Verlust der Rechtsfähigkeit unterscheidet (§§ 41 ff.), und daß der Letztere die Existenz des Vereins unberührt läßt. — Auch die Stiftung (§§ 80 ff.) hat eine reale Existenz; die juristische Persönlichkeit kann sie nur durch staatliche Genehmigung erlangen (§ 80). [6])

2163 Abs. 2), jedenfalls vom Standpunkte des geltenden Rechtes aus eine durchaus zutreffende. Die juristische Person ist ebenso wie die natürliche eine wirkliche Person (im Rechtssinne). Beide unterscheiden sich nur dadurch, daß der ersteren die Persönlichkeit durch Rechtssatz beigelegt ist, während sie der letzteren an sich zusteht (vergl. auch M. I S. 78). Unzutreffend ist es, die juristische Person als fingierte, moralische, mystische Person zu bezeichnen. Diese Bezeichnung ist unrichtig, mag man hier „Person" im Rechtssinn oder im natürlichen Sinne verstehen. Ersteren Falles ist sie unrichtig, weil die juristische Person keine fingierte (moralische, mystische), sondern eine wirkliche Person im Rechtssinn ist, letzteren Falles, weil sie gar nicht als Person im natürlichen Sinne, sondern als solche im Rechtssinne gilt. — Die Gierkesche Bezeichnung „Verbandsperson" (Gierke, Deutsches Privatrecht I §§ 58 ff.) entspricht, selbst wenn man zugeben wollte, daß die juristische Person stets eine „zusammengesetzte Person" sei, doch insoweit nicht dem allgemeinen Sprachgebrauch, als sie auch eine Zusammenfassung von Sachen umfassen soll. Man bezeichnet wohl eine Vereinigung von Personen, nicht aber eine Zusammenfassung von Sachen als „Verband".

[4]) Vergl. Gierke, Deutsches Privatrecht I §§ 58 ff., dessen Theorie von der realen Existenz der juristischen Person mit geringen Modifikationen als die herrschende bezeichnet werden kann. Seine grundlegenden Werke sind: „Das deutsche Genossenschaftsrecht" und „Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung" (1887). Die römischrechtliche Fiktionstheorie wird nur noch von Wenigen aufrecht erhalten (vergl. z. B. Hölder S. 124—125). Die Brinzsche Theorie von der juristischen Person als Zweckvermögen (Brinz, Pand. 2. Aufl. III S. 453 ff.) hat von Anfang an wenig Anklang gefunden. Sie scheitert schon daran, daß das Vorhandensein eines Vermögens begrifflich für die juristische Person nicht erforderlich ist. — Aus der Literatur sind außer den bereits angeführten Gierkeschen Schriften zu vergleichen: Windscheid Pand. I §§ 57 ff., Dernburg Pand. I §§ 59 ff., Regelsburger Pand. I S. 289 ff., Hölder S. 120 ff., Endemann I § 43, Cosack I § 28, Leonhard § 34, Gareis, Vorbemerkung II vor § 21, Riedel S. 59 ff., Eck, Vorträge S. 48 ff., Crome I § 48.

[5]) Vergl. hierzu Cosack I § 28 unter 5 I, Eck, Vorträge S. 87, Gareis, Vorbemerkung II vor § 21.

[6]) Nur die rechtsfähige Stiftung bedarf nach § 80 zu ihrer Entstehung der Genehmigung, nicht die nichtrechtsfähige Stiftung (vergl. Gareis Anm. 1 zu § 80). Wenn Jemand ein Krankenhaus, ein Waisenhaus oder dergl. stiftet und die Stiftung ins Leben treten läßt, so ist diese Stiftung — das Krankenhaus, Waisenhaus mit seiner gesammten Organisation — etwas thatsächlich bestehendes. Ob sie juristische Persönlichkeit besitzt, hängt allerdings davon ab, ob sie die staatliche Genehmigung erlangt. Erlangt sie diese, so wird die bereits bestehende Stiftung damit rechtsfähig. Eine Fiktion kommt auch hier nicht in Betracht.

4. Der Inhalt der juristischen Persönlichkeit ist der der Persönlichkeit überhaupt (siehe S. 47 unter 1); er besteht in der Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, in der Rechtsfähigkeit [7]). Grundsätzlich stehen, wie aus dem Begriffe der Persönlichkeit folgt, natürliche und juristische Personen in Bezug auf ihre Rechtsfähigkeit völlig gleich. Die juristische Person kann Subjekt aller Rechte und Pflichten sein [8]), soweit nicht Ausnahmen durch positive Bestimmungen vorgeschrieben sind [9]) oder sich daraus ergeben, daß gewisse Rechte und Pflichten nur bei natürlichen Personen in Betracht kommen können [10]). Die juristische Persönlichkeit besteht hiernach nicht nur in der Vermögensfähigkeit [11]), sondern in der allgemeinen Rechtsfähigkeit. Alle Bestimmungen des Gesetzes finden grundsätzlich auf natürliche und juristische Personen in gleicher Weise Anwendung [12]), insoweit nicht die vorerwähnten Ausnahmen Platz greifen [13]).

5. Die Rechtsfähigkeit hat nicht unbedingt die Handlungsfähigkeit zur Folge [14]). Willensfähig und damit im Rechtssinne handlungsfähig ist nur die natürliche Person, der Mensch. Das Gesetz kann wohl Personen (im Rechtssinne) schaffen, indem es Vereinigungen von Menschen und Veranstaltungen derselben als solche zu Trägern von Rechten und Pflichten macht, aber kein Rechtssatz vermag, irgend ein Gebilde willens- und handlungsfähig zu machen, das nicht von Natur mit Willensfähigkeit begabt ist. Danach ist die juristische Person willens- und handlungsunfähig. Sie bedarf einer Vertretung und kann nur durch ihre Vertreter Handlungen vornehmen [15]). Auf diesem Standpunkte steht auch das BGB. Nach demselben „vertritt" der Vorstand den Verein gerichtlich

---

[7]) Das BGB. bezeichnet zwar die Personen kraft positiven Rechtes als „juristische Personen" (siehe die in Anm. 3 angeführten §§), nicht aber den Inhalt dieser Persönlichkeit als „juristische Persönlichkeit" (so E. I §§ 41, 42, 58, 63), sondern ebenso wie bei den natürlichen Personen (§ 1) als „Rechtsfähigkeit" (§§ 21—23, 33 Abs. 2, 42—45, 74, 80).

[8]) Einer Hervorhebung der einzelnen Rechte, deren Träger die juristische Person sein kann, bedurfte es deshalb im BGB. nicht. So folgt z. B. auch die Fähigkeit der juristischen Person, Erbe zu sein, aus ihrer Rechtsfähigkeit (vergl. E. I § 1759, Prot. V S. 9).

[9]) Eine Einschränkung enthalten z. B. EG. Art. 86, Preuß. AG. Artt. 6, 7.

[10]) Träger von Familien-Rechten und -Pflichten kann naturgemäß nur der Mensch, die natürliche Person sein. Vergl. jedoch Anm. 12.

[11]) So noch E. I § 41.

[12]) Auch die Vorschriften des vierten Buches des BGB. (Familienrecht) sind nicht grundsätzlich von der Anwendung auf juristische Personen ausgeschlossen. So kann z. B. einer juristischen Person nach § 1913 ein Pfleger bestellt werden. Ebenso Fuchs, das deutsche Vormundschaftsrecht (Berlin 1899) S. 266—267, Schultetus, Handbuch des Vormundschaftsrechts (Berlin 1899) S. 225—226. Daß die Anwendung der Vorschriften des vierten Buches nicht durchweg einen einzelnen Menschen voraussetzt, ergiebt auch § 1914.

[13]) Diejenigen Vorschriften, welche ausdrücklich nur für natürliche Personen gegeben sind, können auf juristische Personen nicht Anwendung finden. Dies gilt in erster Reihe für den ersten Titel des BGB. Nur die Vorschrift des § 12 über den privatrechtlichen Schutz des Namens ist analog auch auf juristische Personen anzuwenden. Ebenso Prot. V S. 115—116, Planck I S. 77 Anm. 2, Hölder S. 123 III, Leonhard § 30 II a. E., Fischer-Henle Anm. 2 zu 12, Neumann Anm. II, 2 zu § 12, Endemann I § 41 III, Rehbein Anm. II, 3 zu §§ 21—54, Hachenburg S. 488, Olshausen, das Verhältniß des Namenrechts zum Firmenrecht (Berlin 1900) S. 35 ff.).

[14]) Mit Unrecht meint Rehbein (Anm. II 4 a zu §§ 21—54): „Die Rechtsfähigkeit hätte ohne Handlungsfähigkeit keine Bedeutung." Dann wäre die Rechtsfähigkeit der Geisteskranken und der Kinder unter 7 Jahren bedeutungslos. Die Fähigkeit, Rechtssubjekt zu sein, ist für den Handlungsunfähigen von gleicher Wichtigkeit wie für den Handlungsfähigen.

[15]) Das Gegentheil wird allerdings von vielen Schriftstellern angenommen, welche meinen, die juristische Person sei willens- und handlungsfähig, sie bethätige sich durch ihre

und außergerichtlich (§ 26 Abs. 2 S. 1)[16]. Der Umfang seiner „Vertretungsmacht" kann durch die Satzung mit Wirkung gegen Dritte beschränkt werden (§ 26 Abs. 2 S. 2). Durch die Satzung kann bestimmt werden, daß neben dem Vorstande für gewisse Geschäfte „besondere Vertreter" zu bestellen sind (§ 30 S. 1). Endlich wird auch im § 31 neben dem Vorstand und dem Mitgliede des Vorstandes „ein anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter" genannt. Hieraus ergiebt sich mit Deutlichkeit, daß der Vorstand als Vertreter des willens- und handlungsunfähigen Vereins anzusehen ist[17].

§ 16. Eintheilung der juristischen Personen. Geltungsbereich der bezüglichen Vorschriften des BGB.

1. Das BGB. unterscheidet zwischen privatrechtlichen juristischen Personen (§§ 21—88) und juristischen Personen des öffentlichen Rechtes (§ 89). Die ersteren theilt es in zwei Arten ein, die rechtsfähigen Vereine[1]) (Vereinigungen von Menschen) und die rechtsfähigen Stiftungen (Veranstaltungen

---

Organe. Vergl. Riedel S. 73 ff., S. 77, Endemann I § 43 I, 2, Rehbein Anm. II 4 a zu §§ 21—54, Cosack I § 28 unter 2, § 33 unter 2. A. M. Hölder S. 125, Kuhlenbeck Anm. 1 vor § 21, Crome I § 48 Anm. 11. Eine merkwürdige Kontroverse! Darüber, ob ein Krankenhaus, ein Waisenhaus, eine Altersversorgungsanstalt einen Willen haben kann oder nicht, sollten Zweifel kaum möglich sein. Zudem ist die Streitfrage praktisch kaum von irgend welcher Bedeutung (vergl. Planck Vorbemerkung 1 a. E. vor § 21), zumal das Gesetz ausdrücklich bestimmt, daß der Vorstand die Stellung eines gesetzlichen Vertreters hat (§ 26 Abs. 2). Parteifähig ist die juristische Person in Folge ihrer Rechtsfähigkeit (CPO. § 50 Abs. 1). Auch wenn man sie als prozeßfähig ansehen wollte (CPO. §§ 51, 52), so würde dadurch nichts daran geändert, daß der Vorstand auch im Prozeß als gesetzlicher Vertreter gilt (§ 26 Abs. 2). — Zu beachten ist, daß Handlungsunfähigkeit und Geschäftsunfähigkeit im Sinne der §§ 104 ff. nicht gleichbedeutend sind. § 104 bezieht sich nur auf natürliche Personen. Vorschriften, welche für geschäftsunfähige Personen gegeben sind, gelten deswegen nicht ohne weiteres auch für juristische Personen (z. B. § 206).

[16]) Daraus, daß im § 26 Abs. 2 anstatt „der Vorstand ist der gesetzliche Vertreter" (E. I § 44 Abs. 1) gesetzt worden ist: „er hat die Stellung eines gesetzlichen Vertreters" darf kein Schluß zu Ungunsten der hier vertretenen Ansicht gezogen werden. Mit dieser Aenderung sollte gerade jede Stellungnahme zur Konstruktionsfrage vermieden werden (Prot. I S. 509).

[17]) Aus der Vorschrift des § 31 kann die Willensfähigkeit des Vereins (Riedel S. 77 bis 78) nicht gefolgert werden. Eher könnte man sagen, daß es dieser besonderen Bestimmung nicht bedurft hätte, wenn der Verein willensfähig wäre. Uebrigens kommt eine außervertragliche Haftung willensunfähiger Personen auch sonst vor (z. B. im Falle des § 833). — Auch daraus, daß im § 32 von „dem Vorstand oder einem anderen Vereinsorgane" die Rede ist, kann ein Schluß gegen die Willensunfähigkeit des Vereins nicht gezogen werden. Die rechtliche Stellung des Vorstandes bestimmt § 26; die „anderen Vereinsorgane" sind die besonderen Vertreter des § 30. Uebrigens ist die Bezeichnung „Vereinsorgan" nur durch die Redaktionskommission in das Gesetz hineingekommen (vergl. Prot. I S. 525 Nr. 3, S. 526). Das Gleiche gilt vom § 45 Abs 2 S. 1 (vergl. Prot. I S. 540 unter 4 a, 542—543 und Hölder S. 125 VI). — Auch die Anwendbarkeit des § 181 auf Vornahme von Rechtsgeschäften durch die Vorstandsmitglieder im Namen des Vereins mit sich selbst (Prot. I S. 519—520) zeigt, daß ein wahres Vertretungsverhältniß vorliegt.

[1]) Zur Terminologie ist folgendes zu bemerken: „Verein" schlechthin bezeichnet im Sinne des BGB. nicht nur den rechtsfähigen, sondern jeden Verein, soweit sich nicht aus der Vorschrift selbst oder aus dem Zusammenhange mit anderen Bestimmungen das Gegentheil ergiebt. (Vergl. z. B. §§ 21—23, 54, 25; für §§ 26 ff. folgt aus § 25, daß unter „Verein" der „rechtsfähige Verein" zu verstehen ist.) Auch in der Ueberschrift vor § 21 bedeutet „Vereine" alle Vereine, nicht nur die rechtsfähigen. Thatsächlich handelt auch der Abschnitt von den rechtsfähigen und den nicht rechtsfähigen Vereinen (§ 54). Für die letzteren sind allerdings nur zwei Vorschriften gegeben, und zwar außer dem bereits erwähnten § 54 nur noch die des § 24. — Die Bezeichnung „Körperschaft" kennt das BGB. für den privatrechtlichen rechtsfähigen Verein nicht (vergl. Prot. I S. 505); es spricht nur von den Körperschaften des öffentlichen Rechtes (§ 89 Abs. 1).

von Menschen). Die Vereine sind in den §§ 21—79, die Stiftungen in den §§ 80—88 behandelt. Jede privatrechtliche juristische Person fällt unter eine dieser Kategorien. Die „Anstalt" neben den Vereinen und Stiftungen[2]) kennt das BGB. nicht. Dagegen führt es als juristische Personen des öffentlichen Rechtes den Fiskus sowie die Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechtes auf[3]) (§ 89, vergl. EG. Artt. 85, 91, 138).

2. Die Rechtsverhältnisse der juristischen Personen des bürgerlichen Rechtes sind durch das BGB. erschöpfend geordnet, soweit es sich nicht um öffentliches Recht handelt. Das die juristischen Personen betreffende öffentliche Recht ist durch das BGB. nicht geregelt[4]); aufrecht erhalten sind insbesondere das öffentliche Vereinsrecht[5]) sowie die sonstigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften der Landesgesetze über die Beaufsichtigung der juristischen Personen[6]) (EG. Art. 55).

Die Gestaltung der Rechtsverhältnisse der juristischen Personen des öffentlichen Rechtes ist ausschließlich diesem überlassen[7]). Das BGB. giebt für dieselben nur zwei Bestimmungen im § 89.

3. Durch das EG. ist für zahlreiche juristische Personen das Landesrecht aufrecht erhalten, nämlich für diejenigen, welche dem Wasserrechte (Art. 65), dem Deich- und Sielrechte (Art. 66), dem Bergrechte (Art. 67), dem Jagd- und Fischereirechte (Art. 69), dem Versicherungsrecht (Art. 75) und dem Agrarrecht (Art. 113) angehören, sowie für die Waldgenossenschaften (Art. 83). Hier gelten also die Vorschriften des BGB. nur ergänzend in Ermangelung landesgesetzlicher Bestimmungen.

Für diejenigen Vereine, deren Rechtsfähigkeit auf staatlicher Verleihung beruht, sind wenigstens die landesgesetzlichen Vorschriften über die Verfassung solcher Vereine in Kraft geblieben (EG. Art. 82; BGB. § 22). Auch sind die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt geblieben, nach welchen eine Religionsgesellschaft oder eine geistliche Gesellschaft Rechtsfähigkeit nur im Wege der Gesetzgebung erlangen kann (Art. 84)[8]).

4. Die rechtliche Behandlung der rechtsfähigen Vereine ist eine verschiedene je nach der Art, in der sie die Rechtsfähigkeit erlangen. Dies kann durch Eintragung in das Vereinsregister (§ 21), durch bundesstaatliche Verleihung (§ 22) oder durch Beschluß des Bundesraths (§ 23) geschehen. Die allgemeinen Vorschriften des BGB. über Vereine (§§ 24—53) gelten für alle

---

[2]) Vergl. z. B. Windscheid Pand. (8. Aufl.) I § 57 Nr. 2. — Die Feststellung, ob eine juristische Person zu den Vereinen oder Stiftungen gehört, wird regelmäßig keine Schwierigkeiten verursachen. Man spricht zwar z. B. in allen Fällen kurz von einem „Krankenhaus", einem „Genesungsheim" und dergl., aber es wird sich leicht ergeben, ob es sich um einen Verein handelt, dem das Krankenhaus gehört, oder um eine Stiftung. Siehe auch Crome I § 49 unter 2.

[3]) Vergl. Prot. I S. 611, Planck Anm. 1 zu § 89.

[4]) Siehe oben S. 3.

[5]) Die Vorschriften der Preußischen Verordnung vom 11. 3. 1850 bleiben auch für die Vereine des BGB. in Kraft.

[6]) Vergl. E. I des EG. Art. 49 Abs. 1, nach dem die Vorschriften der Landesgesetze über die Verwaltung und Beaufsichtigung juristischer Personen unberührt bleiben sollten. Die zweite Kommission hat die Verwaltung derselben der Landesgesetzgebung entzogen (Prot. VI S. 401). Irrig ist die Bemerkung von Planck (I. Vorbemerkung vor § 21 No. 2), daß die zweite Kommission auch den Vorbehalt in Betreff der Beaufsichtigung weggelassen habe. Derselbe findet sich vielmehr noch in der Bundesrathsvorlage (Art. 55) und in der Reichstagsvorlage (Art. 80). Er ist erst von der Reichstagskommission gestrichen, weil sein Inhalt von selbst gelte (KB. bei § 85 BGB).

[7]) D. S. 30.

[8]) Z. B. Preußische Verfassungsurkunde Art. 13.

diese Vereine (§§ 21—23), also für jeden rechtsfähigen Verein, gleichgültig, in welcher Weise er die Rechtsfähigkeit erlangt hat, soweit nicht Landesrecht zur Anwendung gelangt (siehe unter 3) oder besondere reichsgesetzliche Vorschriften gegeben sind (Art. 23)[9]). Dagegen gelten die Vorschriften der §§ 55—79 nur für diejenigen Vereine, welche die Rechtsfähigkeit durch Eintragung erlangen. — Soweit reichsgesetzliche Vorschriften über ein vereinsrechtliches Institut den Charakter einer Kodifikation haben, soweit sie also den dieses Institut betreffenden Rechtsstoff ausschließlich regeln, kommen die allgemeinen Vorschriften des BGB. über die rechtsfähigen Vereine auch nicht ergänzend zur Anwendung. Dies gilt insbesondere auch für Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, deren Recht im HGB. erschöpfend geregelt ist[10]). Beispielsweise kann einer Aktiengesellschaft die Rechtsfähigkeit auf Grund des § 43 nicht entzogen werden[11]).

5. Die §§ 80—88 finden auf alle privatrechtlichen rechtsfähigen Stiftungen Anwendung. Ueber die Stiftungen des öffentlichen Rechtes siehe oben unter 1.

II. Rechtsfähige Vereine.

§ 17. Gründung des Vereins. Erlangung der Rechtsfähigkeit. Sitz.

1. Aus den Bestimmungen des BGB. ergiebt sich, daß sich die Entstehung eines rechtsfähigen Vereins aus zwei Akten zusammensetzt: der Gründung des (noch nicht rechtsfähigen) Vereins und der Erlangung der Rechtsfähigkeit. Während der Mensch (die natürliche Person) mit der Vollendung der Geburt rechtsfähig ist (§ 1), erlangt kein Verein mit seiner Gründung von Rechtswegen auch die Rechtsfähigkeit: das System der freien Körperschaftsbildung hat das BGB. abgelehnt. Vielmehr muß jeder einzelne Verein, nachdem seine Gründung vollendet ist, die Rechtsfähigkeit erst durch einen besonderen vom Gesetze vorgeschriebenen Akt erlangen (§§ 21—23).

2. Ueber die Gründung eines Vereins enthält das BGB. ebensowenig Vorschriften, wie es den Begriff des Vereins bestimmt.

---

[9]) In Preußen bestimmt sich die Verfassung eines Vereins, der vor dem 1. 1. 1900 Rechtsfähigkeit durch staatliche Verleihung erlangt hat, nach bisherigem preußischen Rechte (EG. Art. 82, Preuß. AG. Art. 89 1 c, Art. 163 EG.). Erlangt ein Verein die Rechtsfähigkeit nach dem Inkrafttreten des BGB. durch staatliche Verleihung, durch Beschluß des Bundesraths oder durch Eintragung, so gilt für seine Verfassung, abgesehen von den dem Gebiete der Vorbehalte (siehe im Texte unter 3) angehörenden Vereinen, das BGB. Nur die Verfassung der durch besondere Reichsgesetze geordneten juristischen Personen richtet sich nach diesen Sondergesetzen (z. B. Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien, Genossenschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung).

[10]) Ebenso Pinner, das deutsche Aktienrecht, Anm. IX zu § 178 HGB. und Zeitschr. f. Hlsr. Bd. 50 S. 2 ff., A. M. Staub Anm. 9 zu § 178 HGB., Makower HGB. (12. Aufl.) S. 47, Simon in der Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 49 S. 5 ff. Auf Art. 2 EG. zum HGB. läßt sich die entgegengesetzte Ansicht nicht stützen. Wenn das HGB. das Aktienrecht kodifiziert, so bleibt für ein ergänzendes Vereinsrecht kein Raum. Kennt das HGB. bei einer Aktiengesellschaft eine Entziehung der Rechtsfähigkeit aus den Gründen des § 43 BGB. nicht, so hat das HGB. damit im Sinne des Art. 2 des EG. zum HGB. ein Anderes bestimmt, so daß die Anwendung des § 43 BGB. ausgeschlossen ist. Daran kann auch dadurch nichts geändert werden, daß die Aktiengesellschaft, worauf Staub a. a. O. Gewicht legt, im § 6 Abs. 2 HGB. als Verein bezeichnet wird.

[11]) Auf diesem Standpunkte standen auch die Faktoren der preußischen Gesetzgebung beim Erlasse des AG. zum HGB. Vergl. Art. 4 dieses Gesetzes, Begründung desselben (Materialien des Preuß. AG. zum HGB., Berlin Carl Heymanns Verlag) S. 11, KB. (ebenda) S. 23 ff. und die Verhandlungen im Abgeordnetenhaus und Herrenhause.

Ein Verein ist eine körperschaftlich organisierte Vereinigung von Menschen, d. h. eine Vereinigung, die sich nach ihrer Verfassung als ein von den einzelnen Mitgliedern verschiedenes besonderes Rechtssubjekt darstellt. Ob sie als solches rechtlich anerkannt ist, ist für den Begriff des Vereins gleichgültig.[1])

Die Gründung eines Vereins erfolgt durch formlose Willenseinigung der Personen, welche den Verein bilden wollen. Die Vereinsgründung ist keinerlei Beschränkungen unterworfen,[2]) insbesondere gelten die Voraussetzungen für die Erlangung der Rechtsfähigkeit (z. B. §§ 56 ff.) keineswegs auch für die Gründung des Vereins.[3])

3. In welcher Weise der gegründete Verein die Rechtsfähigkeit erlangen kann, bestimmen die §§ 21—23. Ein noch nicht gegründeter Verein kann die Rechtsfähigkeit für den Fall seiner Entstehung nicht erlangen. Vielmehr setzt die Erlangung der Rechtsfähigkeit einen bereits bestehenden Verein voraus.[4])

4. In Ansehung der Voraussetzungen, unter denen ein Verein Rechtsfähigkeit erlangt, kannte man in dem früheren Rechte drei Systeme:[5]) Das System der freien Körperschaftsbildung, nach dem jeder körperschaftlich organisierte Verein kraft allgemeinen Rechtssatzes ohne weiteres rechtsfähig ist; das System der Normativbestimmungen, nach dem ein Verein Rechtsfähigkeit dadurch erlangt, daß er gewisse im Gesetze bestimmte Voraussetzungen erfüllt, und daß diese Erfüllung durch einen behördlichen Akt festgestellt wird; endlich das Konzessionssystem, nach dem zum Erwerbe der Rechtsfähigkeit Verleihung durch einen besonderen Akt der Staatsgewalt erforderlich ist.[6]) Das BGB. hat keines dieser Systeme zur ausschließlichen Geltung erhoben, sondern ein gemischtes System angenommen.[7]) Es unterscheidet zwei große Gruppen

---

[1]) Gierke (in der Festgabe für Dernburg, Berlin 1900) S. 8: „Ein nicht rechtsfähiger Verein ist eine von der Rechtsordnung nicht als Körperschaft anerkannte Körperschaft, ein Gebilde, das Körperschaft wäre, wenn das System der freien Körperschaftsbildung gälte". Vergl. ferner Hachenburg S. 475 ff., Cosack II § 170, 1.

[2]) Es sei wiederholt darauf hingewiesen, daß hier nur von dem privaten Vereinsrechte die Rede ist. Oeffentlich rechtlich ist in Preußen die Vereinsbildung grundsätzlich gleichfalls frei (Verfassungsurkunde Art. 30 Abs. 1, vergl. jedoch Abs. 2 und 3 und die Verordnung vom 11. 3. 1850). Ein Reichsgesetz über das Vereinswesen (Reichsverfassung Art. 4 Nr. 16) ist bisher nicht ergangen.

[3]) Wenn 3 frühere Schüler des Gymnasiums in X. sich zusammen thun, mündlich die Gründung eines „Vereins ehemaliger Schüler des Gymnasiums in X." verabreden, einen Vorsitzenden wählen und eine Vereinskasse einrichten, so ist damit ein wahrer Verein geschaffen. Satzungen, die den Zweck, den Namen und den Sitz des Vereins enthalten (§ 57 Abs. 1), sind nicht erforderlich.

[4]) Das folgt schon aus dem Wortlaute der §§ 21—23. Daß nur bereits bestehende Vereine eingetragen werden können, ergeben auch die Vorschriften der §§ 55 ff. Aber auch die staatliche Verleihung der Rechtsfähigkeit an einen erst noch zu gründenden Verein ist unzulässig. Dies geht insbesondere aus § 22 S. 2 sowie daraus hervor, daß nur ein gemäß §§ 26 ff. organisierter Verein die Rechtsfähigkeit erlangen kann.

[5]) Vergl. hierzu M. I S. 82 ff. D. S. 15.

[6]) Das Konzessionssystem galt z. B. in Preußen nach § 25 II, 6 ALR., das System der Normativbestimmungen beispielsweise nach HGB. Artt. 213 Abs. 1, 211 Abs. 1, 209 ff., 210 (Aktiengesellschaften), dem bayerischen Gesetze vom 29. 4. 1869 und dem sächsischen Gesetze vom 15. 6. 1868. Das System der freien Körperschaftsbildung war auch bisher ausdrücklich nirgends anerkannt. Im gemeinen Rechte war seine Geltung bestritten. Vergl. hierzu auch Prot. I S. 477—479.

[7]) Der erste Entwurf behielt die Regelung der Voraussetzungen für den Erwerb der juristischen Persönlichkeit den Landesgesetzen vor (E. I § 42, M. I S. 91). Darüber, daß diese Voraussetzungen im BGB. zu regeln seien, war man in den späteren Stadien der Berathung einig (vergl. Prot. I S. 578 ff., D. S. 14 ff.). Dagegen rief die Frage, welches System den Vorschriften des Gesetzbuchs zu Grunde zu legen sei, einen lebhaften

§§ 21, 22. von Vereinen, für welche es die Voraussetzungen für die Erlangung der Rechtsfähigkeit verschieden regelt, nämlich:

a) Vereine, deren Zweck auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist. Für sie gilt das Konzessionssystem: sie erlangen — in Ermangelung besonderer reichsgesetzlicher Vorschriften — Rechtsfähigkeit nur durch staatliche Verleihung (§ 22).

b) Vereine, deren Zweck nicht auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist. Für diese gilt grundsätzlich das System der Normativbestimmungen: sie erlangen die Rechtsfähigkeit durch die von der Erfüllung gewisser Voraussetzungen abhängige Eintragung in das Vereinsregister (§§ 21, 56 ff.). Doch ist das System der Normativbestimmungen dadurch durchbrochen, daß gegen die Eintragung von Vereinen, welche einen politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zweck verfolgen, der Verwaltungsbehörde ein im Wege des Verwaltungsstreitverfahrens oder nach §§ 20, 21 der Gewerbeordnung anfechtbares Einspruchsrecht gegeben ist (§§ 61—63). Man hat deshalb nicht mit Unrecht von einem „verschleierten Konzessionssysteme" gesprochen.[8])

5. Für die Frage, in welcher Weise ein Verein die Rechtsfähigkeit erlangen kann, ist danach entscheidend, ob der Zweck des Vereins auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist.

a) Auf den Zweck des Vereins kommt es an, nicht auf das Motiv, aus dem der Vereinszweck verfolgt wird[9]), und nicht auf die Mittel, deren sich der Verein zur Erreichung des Zweckes bedient.[10]) Maßgebend ist der Gesammtzweck, den der Verein verfolgt. Nur wenn dieser in keinem Theile auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, findet § 21 Anwendung. Ist dagegen auch nur einer von mehreren von dem Vereine verfolgten Zwecken auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet, so kann der Verein die Rechtsfähigkeit nur durch staatliche Verleihung erlangen (§ 22).[11])

Kampf hervor. Vergl. hierüber Prot. I S. 490 ff., D. S. 14 ff., KB. zu §§ 21—76 C. IV S. 9—17, sowie die bezüglichen Verhandlungen des Reichstags.

[8]) KB. S. 10.

[9]) Eine Anzahl von Personen, welche einem befähigten jungen Arzte das Material zu wissenschaftlichen Arbeiten und zur Förderung derselben eine sorgenfreie Stellung verschaffen wollen, bilden einen Verein zur Gründung und zum Betrieb einer Klinik, deren Leiter der betreffende Arzt werden soll. Hier ist der Zweck des Vereins auf den Betrieb der Klinik, also auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb, gerichtet. § 22 findet Anwendung. Darauf, daß der Beweggrund für den Geschäftsbetrieb, — die Förderung der wissenschaftlichen Arbeiten des Arztes — ein wissenschaftlicher ist, kommt es nicht an.

[10]) Ein Verein zur unentgeltlichen Vertheilung von Brod an Unbemittelte verfolgt wohlthätige Zwecke, und zwar auch dann, wenn er eine eigene Bäckerei zur Herstellung der zu vertheilenden Brode betreibt. Der Zweck des Vereins ist hier auf die unentgeltliche Vertheilung der Brode, also nicht auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet. § 21 findet Anwendung. Daß der Verein als Mittel zur Erreichung des Vereinszwecks eine Bäckerei betreibt, ändert hieran nichts.

[11]) Ein Beamtenverein, der die Unterhaltung und Belehrung seiner Mitglieder und außerdem den Betrieb eines Waarenhauses für dieselben bezweckt, fällt unter die Vorschrift des § 22, da einer seiner Zwecke auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist. — Nicht zutreffend ist es, davon zu sprechen, daß es nur auf den „Hauptzweck", nicht einen „Nebenzweck" ankomme, oder daß es nicht darauf ankomme, ob der Verein „nebenbei einen kleinen wirthschaftlichen Betrieb" habe (vergl. Stenographische Berichte des Reichstags, 9te Legislaturperiode IV. Session S. 2747 B.). Derartige Unterschiede kennt das Gesetz nicht. Es ist gleichgültig, ob der wirthschaftliche Geschäftsbetrieb groß oder klein, ob er Haupt- oder Nebenzweck ist. Ist der Zweck des Vereins oder einer seiner Zwecke auf diesen Betrieb gerichtet, so kann man nicht sagen, daß der Zweck des Vereins „auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb nicht gerichtet ist". § 21 kann nicht Anwendung finden. Nur

b) Maßgebend ist, ob der Zweck auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist oder nicht. Der Geschäftsbetrieb ist ein wirthschaftlicher, wenn er nach den Grundsätzen der Wirthschaftlichkeit betrieben werden soll, wenn er also auf Kapitalvermehrung gerichtet ist. Unter Kapitalvermehrung in weiterem Sinne sind auch Erhaltung und Sicherung des Kapitals zu verstehen. Nicht darauf kommt es an, was den Gegenstand des Geschäftsbetriebs bildet, insbesondere ob derselbe die Produktion oder den Umsatz wirthschaftlicher Güter zum Gegenstande hat, sondern ob der Geschäftsbetrieb die Eigenschaft eines wirthschaftlichen in dem angegebenen Sinne hat, ob er also auf Erzielung eines Gewinns gerichtet ist.[12])

---

darauf kommt es, wie im Texte ausgeführt ist, an, ob der wirthschaftliche Geschäftsbetrieb Zweck oder nur Mittel zur Erreichung des Zwecks ist. Wenn die Tischler der Stadt X. einen Fachverein bilden zur Fortbildung der Mitglieder in den für ihr Handwerk erforderlichen Kenntnissen, so ist dieser Verein ein nicht wirthschaftlicher. Will er nebenbei auch noch eine Verkaufsstelle zum Vertriebe der von den Einzelnen hergestellten, von ihnen sonst nicht abzusetzenden Sachen errichten, so ist sein Zweck auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet, mag derselbe auch nur Nebenzweck und mag der Geschäftsbetrieb noch so klein sein. Wenn dagegen ein Künstlerverein, der nur gesellige und künstlerische Zwecke verfolgt, in seinem Vereinshaus eine Wirthschaft für seine Mitglieder betreibt, so ist dieser Betrieb nur Mittel zur Erreichung des geselligen Zwecks, nicht Vereinszweck selbst (siehe auch Anm. 10). Der Geschäftsbetrieb als Mittel zur Erreichung des Vereinszwecks ist aber nicht, wie dies die Prot. I S. 499 und D. S. 18 thun, zu verwechseln mit einem Geschäftsbetriebe, der dazu dient, „die zur Verfolgung des idealen Hauptzwecks erforderlichen Mittel beschaffen zu helfen". Wenn der Verein zur unentgeltlichen Vertheilung von Brod an Unbemittelte (siehe Anm. 10) eine Bäckerei nicht nur zur Herstellung der zu vertheilenden Brode unterhält, sondern auch zum Vertriebe der Brode an Andere, um sich dadurch die Mittel zur unentgeltlichen Vertheilung zu verschaffen, so ist der Vereinszweck auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet. Der Betrieb der Bäckerei ist hier nicht nur Mittel zur Erreichung des Vereinszwecks (Herstellung der unentgeltlich zu vertheilenden Brode), sondern Vereinszweck selbst. Die Beschaffung von Geldmitteln für die unentgeltliche Vertheilung ist nur das Motiv für den Betrieb der Bäckerei. Dies verkennt auch Hölder Anm. 2 a zu § 21, bei Gruchot Bd. 44 S. 753 und in der Deutschen Juristenzeitung 1900 Nr. 19 S. 412.

[12]) Darüber, was unter einem „wirthschaftlichen Geschäftsbetriebe" zu verstehen ist, besteht schon heute heftiger Streit. Hölder, dem im übrigen nicht beizustimmen ist, sagt doch mit Recht (DJZ. 1900 Nr. 19 S. 413), daß die Bedeutung der Worte dem Sprachgebrauche des Lebens nicht zu entnehmen ist, da dieser sich einer solchen Bezeichnung nicht bedient. Planck (Anm. 2 zu § 21), dem die Praxis bisher zu folgen scheint (vergl. DJZ. 1900 Nr. 5 S. 120, Landgericht Köln, Nr. 8 S. 188 Stuttgart und Hanau), versteht unter einem wirthschaftlichen Geschäftsbetriebe den geschäftsmäßigen Betrieb der Produktion oder des Umsatzes wirthschaftlicher Güter. Allerdings versteht man unter „Wirthschaft" jede auf Erzeugung und Verwendung von Gütern gerichtete Thätigkeit und bezeichnet daher die hierauf gerichtete Handlung als eine „wirthschaftliche". Doch hat „wirthschaftlich" auch die Bedeutung von „den Grundsätzen der Wirthschaftlichkeit entsprechend". Nur in diesem Sinne kann das Wort in den §§ 21, 22 gebraucht sein. Dies folgt schon daraus, daß ein „wirthschaftlicher Geschäftsbetrieb" sprachlich nur der wirthschaftliche Betrieb eines Geschäfts, nicht der Betrieb eines wirthschaftlichen Geschäfts sein kann. Als ein „wirthschaftliches Geschäft" könnte man ein solches bezeichnen, dessen Gegenstand die Produktion und der Umsatz von Gütern sind. Unter einem „wirthschaftlichen Betrieb" kann nur ein nach den Grundsätzen der Wirthschaftlichkeit erfolgender verstanden werden. Auch Planck ist der Meinung, daß der Zweck eines Vereins, der ein Krankenhaus unterhält, in das Kranke gegen Entgelt aufgenommen werden, auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist. Ebenso wird man nicht bezweifeln können, daß z. B. ein Verein, der ein „Hygienisches Institut", in welchem mikroskopische und chemische Untersuchungen für Kranke vorgenommen werden, als Geschäft betreibt, einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb im Sinne des § 22 unterhält. In beiden Fällen ist aber von der Produktion oder dem Umsatze wirthschaftlicher Güter keine Rede. Der Betrieb ist ein wirthschaftlicher, weil er nach den Grundsätzen der Wirthschaftlichkeit erfolgen soll, weil er auf Gewinn gerichtet ist. — Vergl. zu dieser Frage: Samter, das Wesen der eintragungsfähigen Vereine (DJZ. 1900 Nr. 14 S. 312), Hölder Anm. 2 zu § 21, bei Gruchot Bd. 44

Gleichgültig ist es, wem der Gewinn (die Kapital-Vermehrung, -Erhaltung oder -Sicherung) zu Gute kommen soll, ob dem Vereine selbst, seinen Mitgliedern oder Dritten. Bezweckt der Geschäftsbetrieb einen Gewinn, so ist er ein wirthschaftlicher im Sinne der §§ 21, 22, wem auch der Gewinn zufließt.[13])

c) Ein wirthschaftlicher Geschäftsbetrieb muß vorliegen, wenn die Vorschrift des § 22, nicht die des § 21, zur Anwendung gelangen soll. Es genügt nicht, daß der Verein eine Kapital-Vermehrung — Erhaltung — oder Sicherung bezweckt, sondern er muß zur Erreichung dieses Zweckes ein Geschäft betreiben,[14]) d. h. er muß selbst eine direkt auf Gewinn abzielende Thätigkeit

---

S. 753 und in der DJZ. 1900 Nr. 19 S. 412, Rehbein Anm. II, 2 b zu §§ 21—54, Planck Anm. 2 zu § 21, Staudinger, das Vereinsrecht nach dem BGB. (Erlangen 1897) S. 27, 29 ff. Auch aus den Berathungen der zweiten Kommission geht hervor, daß man die Vereine mit „Erwerbszwecken", die „Erwerbsvereine" von dem Systeme der Normativbestimmungen ausschließen wollte. Prot. I S. 495, 496.

[13]) Ebenso Samter und Rehbein (vergl. Anm. 12 a. E.). Die entgegengesetzte Ansicht von Hölder Anm. 2 a und d zu § 21 beruht auf einer Verkennung des Unterschieds zwischen Motiv und Zweck (vergl. im Texte unter a). Nicht darauf kommt es nach dem Gesetz an, aus welchem Beweggrund ein wirthschaftlicher Geschäftsbetrieb eingerichtet wird, wozu der erzielte Gewinn verwendet werden soll, sondern nur darauf, daß ein wirthschaftlicher Geschäftsbetrieb bezweckt wird. Versteht man hierunter jeden nach den Grundsätzen der Wirthschaftlichkeit erfolgenden, auf Gewinn abzielenden Geschäftsbetrieb, so ist es begrifflich völlig unerheblich, für wen der Gewinn bestimmt ist. Der Zweck des Vereins, der durch den Betrieb einer Bäckerei Gewinn erzielen will, ist auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet, mag der Gewinn an die Mitglieder vertheilt oder zur unentgeltlichen Vertheilung von Backwaaren verwendet werden, der Gewinn also Dritten zu Gute kommen (vergl. oben Anm. 11). Auch der die gegenseitige Versicherung der Mitglieder bezweckende Verein ist ein wirthschaftlicher. Sein Geschäftsbetrieb bezweckt die Erhaltung des Kapitals seiner Mitglieder. Hiernach ist die Eintragung des Vereins „Kreditreform" mit Recht abgelehnt worden (vergl. die Entscheidung in der DJZ. 1900 Nr. 5 S. 120 Köln, a. M. ebenda Nr. 8 S. 188 Stuttgart und Hanau). Der Geschäftsbetrieb des Vereins zielt auf Erhaltung und Sicherung des Kapitals seiner Mitglieder ab, und zwar durch Auskunft über Geschäfts- und Kreditverhältnisse, Mittheilung schlechter Zahler, Eintreibung von Außenständen und dergl. Er ist also ein wirthschaftlicher im Sinne der §§ 21, 22.

[14]) Dieses Erforderniß wird zu wenig beachtet, obwohl es nach dem Gesetz an erster Stelle steht. Der Zweck eines Grundbesitzervereins, der die Interessen seiner Mitglieder durch Besprechungen in Versammlungen, Anstellung eines Syndikus zur Berathung der Mitglieder, Erwirkung günstiger Bedingungen bei Versicherungsgesellschaften und dergl. zu fördern sucht, ist allerdings darauf gerichtet, das Vermögen der Mitglieder zu erhalten und zu sichern. Er ist aber nicht auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet. Ein solcher Verein kann daher die Rechtsfähigkeit nur nach § 21 erlangen. Hölder (Anm. 2 zu § 21 und namentlich DJZ. 1900 Nr. 19 S. 412) legt allerdings die §§ 21, 22 dahin aus, daß es nur darauf ankomme, ob der Verein einen wirthschaftlichen Zweck verfolge; die Worte „durch einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb" erklärt er für überflüssig, da jede dem wirthschaftlichen Bedürfnisse der Mitglieder dienende Thätigkeit als solche ein wirthschaftlicher Geschäftsbetrieb im Sinne des Gesetzes sei. Das Gesetz spricht nicht von Vereinen mit „wirthschaftlichen Zwecken", sondern von Vereinen, deren Zweck auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist. Abgesehen davon, daß Hölder, indem er Motiv und Zweck nicht auseinanderhält, den Vereinszweck fälschlich mit dem Motiv identifiziert, aus dem der Vereinszweck verfolgt wird (vergl. im Texte unter a und Anm. 11), thut Hölder dem Wortlaute des Gesetzes Gewalt an, indem er den „Geschäftsbetrieb" völlig aus dem Gesetze beseitigt. Das Gesetz stellt seine Bestimmung gerade auf den Geschäftsbetrieb ab; Hölder hält den Geschäftsbetrieb für überflüssig. Gegen eine derartige, den Wortlaut des Gesetzes völlig bei Seite schiebende Auslegung muß Einspruch erhoben werden (siehe oben S. 31 Anm. 4). — Der Grund, aus dem gerade der Betrieb eines Geschäfts eine Ausnahme von dem Systeme der Normativbestimmungen begründet, ist der, daß der Betrieb eines Geschäfts besondere Garantieen für die Gläubiger erforderlich macht, die im Gesetze nicht zur Voraussetzung der Eintragung gemacht sind, von denen aber die staatliche Verleihung abhängig gemacht werden kann. Vergl. auch Endemann I § 44 II, 1, Eck, Vorträge S. 52.

entfalten und hierfür bestimmte Einrichtungen unterhalten. Ohne Betrieb eines Geschäfts giebt es keinen Verein im Sinne des § 22.

d) Ob der Zweck eines Vereins auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, ergiebt sich zunächst aus seiner Satzung. Doch ist diese nicht ausschließlich maßgebend. Vielmehr kommt es darauf an, ob der Verein thatsächlich einen auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichteten Zweck verfolgt (vergl. § 43 Abs. 2).

e) Die Vorschriften der §§ 21, 22 schließen in ihrem Geltungsbereich einander aus.[15]) Ein Verein, dessen Zweck nicht auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, kann die Rechtsfähigkeit nur durch Eintragung, nicht auch durch staatliche Verleihung, ein Verein, dessen Zweck auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist,[16]) kann die Rechtsfähigkeit nur durch staatliche Verleihung, nicht auch durch Eintragung erlangen. Eintragung und staatliche Verleihung verschaffen demgemäß auch die Rechtsfähigkeit nur, wenn sie unter den Voraussetzungen der §§ 21, 22 erfolgen. Ein nach § 21 nicht eintragungsfähiger Verein ist, auch wenn er eingetragen ist, ebensowenig rechtsfähig, wie ein nach § 22 nicht konzessionsfähiger Verein, dem die Rechtsfähigkeit staatlich verliehen ist.[17]) [18])

---

[15]) Ebenso Planck Anm. 1 a. E. vor § 21, Anm. 3 zu § 21, Hachenburg S. 493, A. M. Gareis Anm. 4 zu § 21, Rehbein Anm. II, 2 b zu §§ 21 ff. Nach den Beschlüssen der zweiten Kommission sollten die Vereine, deren Zweck nicht auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, Rechtsfähigkeit sowohl durch Eintragung wie durch staatliche Verleihung erlangen (vergl. E. III und IV § 21 Abs. 1 und Prot. I S. 500 ff., D. S. 18). Die Reichstagskommission hat jedoch die staatliche Verleihung der Rechtsfähigkeit an die fraglichen Vereine abgelehnt und nur die Erlangung der Rechtsfähigkeit durch Eintragung aufrecht erhalten (KB. zu § 21). Die Ansicht von Gareis a. a. O., daß die staatliche Verleihung trotzdem zulässig und wirksam sei, ist unhaltbar. Gareis meint, der Wortlaut des § 21 schließe nicht die Auslegung aus, daß neben dem Wege der Eintragung der Weg der staatlichen Verleihung offen stehe, ebenso wie man z. B. den § 1719 nicht dahin auslegen dürfe, daß ein uneheliches Kind nur durch nachfolgende Ehe die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes erlange; dies würde sofort durch § 1723 widerlegt werden, nach dem auch eine Ehelichkeitserklärung zulässig sei. Eine derartige Auslegung geht völlig fehl. Richtig ist an derselben nur, daß die Ausschließlichkeit der Vorschrift des § 21 nicht aus dessen Wortlaute folgt. Sie ergiebt sich vielmehr daraus, daß ein Verein die Rechtsfähigkeit nur auf Grund einer gesetzlichen Bestimmung erlangen kann (siehe oben S. 47 unter 1), und daß bezüglich der Vereine ohne wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb eine andere Bestimmung als die des § 21 nicht besteht. Die staatliche Verleihung der Rechtsfähigkeit an diese Vereine wäre ohne Wirkung, weil sie nirgends zugelassen ist. Man kann den § 21 wohl dahin auslegen, daß neben ihm Raum bleibt für eine Erlangung der Rechtsfähigkeit in anderer Weise. Diese andere Weise kann aber nur der Gesetzgeber, nicht der Ausleger bestimmen. Das von Gareis gewählte Beispiel der §§ 1719, 1723 ist zu seiner Widerlegung besonders geeignet. Der § 1719 ist allerdings nicht dahin auszulegen, daß die Legitimation durch nachfolgende Ehe die einzige Art der Legitimation eines unehelichen Kindes sei. Aber daraus folgt nicht, daß er dahin auszulegen sei, daß auch eine Legitimation durch Ehelichkeitserklärung zulässig ist. Deren Zulässigkeit beruht auf der ausdrücklichen Vorschrift des § 1723. Wäre diese nicht vorhanden, so könnte die Zulässigkeit der Ehelichkeitserklärung aus § 1719 nicht gefolgert werden. — Hiernach können z. B. auch Vereine zu politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zwecken Rechtsfähigkeit nur durch Eintragung, nicht durch staatliche Verleihung erlangen.

[16]) Verfolgt der Verein mehrere Zwecke, so genügt es, daß nur einer auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, um die ausschließliche Zulässigkeit der staatlichen Verleihung zu begründen. Siehe oben S. 54 Anm. 11. Vergl. auch Planck Anm. 4 zu § 21.

[17]) Vergl. Planck Anm. 5 zu § 21, Neumann Anm. 3 zu § 21, Rausnitz, Anm. 1 zu § 159 RFG.

[18]) Zu beachten ist, daß die Vorschriften der übrigen Reichsgesetze über die Erlangung der Rechtsfähigkeit aufrecht erhalten sind (EG. Art. 32). Danach kann ein Verein, dessen

Maßgebend für die Beantwortung der Frage, ob die Voraussetzungen des § 21 oder des § 22 vorliegen, ist allein der Zeitpunkt der Eintragung beziehungsweise der staatlichen Verleihung. Aendert der Verein nachträglich seinen Zweck, so verliert er dadurch die Rechtsfähigkeit nicht, auch wenn er nunmehr einen Zweck verfolgt, der ihn von der Eintragung beziehungsweise von der staatlichen Verleihung ausschließen würde. Das Gesetz gewährt nur die Möglichkeit, einem solchen Vereine die Rechtsfähigkeit zu entziehen (§ 43 Abs. 2, 4).[19])

6. Durch Eintragung in das Vereinsregister und durch staatliche Verleihung können nur die Vereine Rechtsfähigkeit erlangen, welche ihren Sitz in einem Bundesstaate haben (§§ 21, 55, 22 S. 2). Für Vereine, welche ihren Sitz nicht in einem Bundesstaate haben, gilt folgendes:

a) Kolonialgesellschaften der im § 11 des Schutzgebietsgesetzes, sowie im § 32 des Konsulargerichtsbarkeitsgesetzes bezeichneten Art, mögen sie ihren Sitz im Reichsgebiet oder in einem deutschen Schutzgebiet oder in einem Konsulargerichtsbezirke haben, können die Rechtsfähigkeit auf Grund eines vom Reichskanzler genehmigten Gesellschaftsvertrags durch Beschluß des Bundesraths erlangen (§§ 11—13 des Gesetzes vom 17. 4. 1886 in der Fassung der Bekanntmachung vom 10. 9. 1900 und § 32 des Gesetzes vom 7. 4. 1900).

§ 23. b) Andere Vereine, die keinen Sitz in einem Bundesstaate haben, können Rechtsfähigkeit in Ermangelung besonderer reichsgesetzlicher Vorschriften[20]) im Inlande nur durch Beschluß des Bundesraths erlangen (§ 23). Gleichgültig ist es dabei, ob der Zweck des Vereins auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist oder nicht, ob der Verein aus Deutschen oder aus Ausländern besteht[21]) und ob er seinen Sitz in einem Konsulargerichtsbezirk, einem deutschen Schutzgebiet[22]) oder in einem fremden Staate hat.

EG. Art. 10. c) Nicht zu verwechseln mit der Frage, wie ein ausländischer Verein[23]) im Inlande die Rechtsfähigkeit erlangen kann, ist die Frage des internationalen Privatrechts, inwieweit die im Auslande erlangte Rechtsfähigkeit eines Vereins im Inlande wirksam ist. Hierüber bestimmt EG. Art. 10. Für die Rechtsfähigkeit ist nach den Grundsätzen des deutschen internationalen Privatrechts die Staatsangehörigkeit maßgebend[24]). Ein Verein gehört dem Staate an, in

---

Zweck nicht auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, die Rechtsfähigkeit z. B. auch dadurch erlangen, daß er sich als Aktiengesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien, Gesellschaft mit beschränkter Haftung konstituirt. Vergl. HGB. §§ 210 Abs. 2, 320 Abs. 3., Ges. vom 20. 4. 1892 § 1.

[19]) Wenn ein eingetragener Verein, der die Belehrung und Unterhaltung seiner Mitglieder bezweckt, ein Waarenhaus errichtet, um seinen Mitgliedern den billigen Einkauf der Waaren zu ermöglichen, so ist sein Zweck nunmehr auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet. Er würde also jetzt die Rechtsfähigkeit durch Eintragung nicht erlangen können. Nachdem er sie aber durch die frühere Eintragung erlangt hat, behält er sie, falls sie ihm nicht nach Maßgabe der §§ 43, 44 entzogen wird.

[20]) Solche bestehen z. B. für Kolonialgesellschaften (siehe im Texte unter 6a).

[21]) Nach Planck Anm. zu § 23 ist bei dessen Vorschrift hauptsächlich an die im Auslande bestehenden Wohlthätigkeits- und ähnliche Vereine für die im Auslande lebenden Deutschen gedacht. Grundsätzlich erstreckt sich die Vorschrift jedenfalls auf alle Vereine, die ihren Sitz nicht in einem Bundesstaate haben.

[22]) In den Konsulargerichtsbezirken und Schutzgebieten finden nach § 31 des Gesetzes vom 7. 4. 1900, § 3 des Gesetzes vom 17. 4. 1886 10. 9. 1900 die §§ 21, 22 BGB. nicht Anwendung, so daß Vereine dort nur nach § 23 Rechtsfähigkeit erlangen können.

[23]) Als ausländischer Verein soll hier kurz jeder Verein bezeichnet werden, der keinen Sitz in einem Bundesstaate hat.

[24]) Siehe oben S. 15 und S. 10 unter 4.

welchem er seinen Sitz hat[25]). Die Frage, ob ein Verein, der seinen Sitz in einem fremden Staate hat, rechtsfähig ist, ist danach nach den Gesetzen des fremden Staates zu beurtheilen. Ist der Verein[26]) hiernach rechtsfähig, so gilt er doch im Inlande nur dann als rechtsfähig, wenn seine Rechtsfähigkeit durch Beschluß des Bundesraths anerkannt ist (EG. Art. 10 S. 1).

d) Aus dem Grundsatze, daß sich die Rechtsfähigkeit eines Vereins nach seiner Staatsangehörigkeit und diese nach dem Sitze des Vereins richtet, sowie aus den Vorschriften des § 23 und des Art. 10 ergiebt sich folgendes: Ein Verein, der seinen Sitz in einem Bundesstaate hat, gilt im Inlande nur dann als rechtsfähig, wenn er die Rechtsfähigkeit nach den Vorschriften der §§ 21, 22 erlangt hat. Eine Rechtsfähigkeit, die ihm nach den Gesetzen eines fremden Staates zukommt, ist im Inland ohne Wirkung, auch wenn sie durch Beschluß des Bundesraths anerkannt würde[27]). Ein Verein, der seinen Sitz nicht in einem Bundesstaate hat, kann die Rechtsfähigkeit im Inlande nur nach § 23 erlangen. Hat er die Rechtsfähigkeit nach den Gesetzen des Staates erlangt, in dem er seinen Sitz hat, so ist seine Rechtsfähigkeit im Inlande nur nach Maßgabe des Art. 10 wirksam. Eine Rechtsfähigkeit, die er nach den Gesetzen eines anderen fremden Staates erlangt hat, kann im Inlande niemals wirksam werden[28]).

---

[25]) EG. Art. 10 führt für die Vereine den Begriff der Staatsangehörigkeit ein, ohne zu bestimmen, wonach sich die Staatsangehörigkeit eines Vereins richten soll. Für diese kann in Ermangelung besonderer Bestimmungen nur der Sitz des Vereins maßgebend sein, der das einzige Merkmal dafür bildet, wohin der Verein gehört (Rehbein Anm. II 3 zu §§ 21 ff.). Irrig ist jedenfalls die Ansicht von Neumann Anm. II 2 b zu Art. 10, daß für die Staatsangehörigkeit des Vereins das Recht entscheidend sei, auf welches sich seine Rechtsfähigkeit gründet. Abgesehen davon, daß dann die nicht rechtsfähigen Vereine gar keinem Staate angehören würden, heißt es im Art. 10: Ein einem fremden Staate angehörender **und** nach dessen Grundsätzen rechtsfähiger Verein. Nach der Neumann'schen Ansicht wäre beides dasselbe. — Der Sitz des Vereins ist entscheidend auch nach Cosack Zusatz I zu § 28, Rehbein Anm. I 4 zu §§ 21 ff., Gareis Anm. 1 zu § 23, Hachenburg S. 493, Crome § 50 unter 3. Vergl. ferner E. eines Gesetzes über die räumliche Herrschaft der Rechtsnormen (Prot. VI S. 8) § 1, E. II § 2237 Abs. 2, E. III § 2364 Abs. 2, nach denen gleichfalls der Sitz entscheidet. Erst E. IV Art. 9 spricht von einem „einem fremden Staate angehörenden" Vereine. Geändert sollte damit offenbar nichts werden; auch in der zweiten Kommission sprach man schon von „dem Gesetze des Staates, dem die juristische Person vermöge ihres Sitzes angehört". (Prot. VI S. 24).

[26]) Die Vorschrift des Art. 10 gilt nur für Vereine, welche die Rechtsfähigkeit im Inlande nur nach §§ 21, 22 erlangen könnten, also nicht für Vereine des öffentlichen Rechtes und für das Gebiet der landesrechtlichen und reichsrechtlichen Vorbehalte (siehe oben § 16 unter 2 und 3 S. 51 und § 22 BGB.), also z. B. nicht für Aktiengesellschaften (§ 22). Eine ausländische Aktiengesellschaft gilt hier ohne weiteres als rechtsfähig, wenn sie nach den Gesetzen des Staates, in dem sie ihren Sitz hat, rechtsfähig ist. Vergl. Staub Anm. 3 zu § 6, Anm. 34 zu § 201 HGB., Goldmann Anm. 3 zu § 6 HGB., Pinner, das deutsche Aktienrecht (Berlin 1899) Anm. VII zu § 178 HGB.

[27]) Art. 10 kommt nicht zur Anwendung, weil der Verein nicht einem fremden Staate angehört. Ein östereichischer Hilfsverein in Berlin kann Rechtsfähigkeit in Deutschland nur durch Eintragung in das Vereinsregister des Amtsgerichts I in Berlin erlangen. Verleiht ihm der österreichische Staat Rechtsfähigkeit, so gilt er doch in Deutschland als nicht rechtsfähiger Verein.

[28]) Einer internationalen Kunstgenossenschaft mit dem Sitze in Paris könnte in Deutschland Rechtsfähigkeit durch Beschluß des Bundesraths verliehen werden (§ 23). Ist sie schon nach französischem Rechte rechtsfähig, so genügt die Anerkennung ihrer Rechtsfähigkeit durch den Bundesrath, damit sie auch in Deutschland als rechtsfähig gelte. Ist sie in Frankreich nicht rechtsfähig, ist ihr aber in England Rechtsfähigkeit verliehen, so genügt die Anerkennung dieser Rechtsfähigkeit durch den Bundesrath in Deutschland nicht. Es ist Verleihung nach § 23 erforderlich.

§ 24. 7. Nach den vorstehenden Ausführungen ist für die Beantwortung der Frage, in welcher Weise ein Verein Rechtsfähigkeit erlangen kann, dessen Sitz von Bedeutung[29]). Als Sitz eines Vereins gilt, wenn nicht ein Anderes bestimmt ist, der Ort, an welchem die Verwaltung geführt wird (§ 24).

a) In erster Reihe gilt danach als Sitz des Vereins der Ort, welcher als solcher bestimmt ist. Bei eingetragenen Vereinen muß die Satzung den Sitz des Vereins enthalten (§§ 57 Abs. 1, 55, 64), so daß bei diesen stets die ausdrückliche Bestimmung entscheidet. Bei konzessionierten Vereinen (§ 22) kann die Satzung einen Sitz bestimmen, auch kann die Verleihung der Rechtsfähigkeit unter der Bestimmung eines Sitzes erfolgen[30]). Die Bestimmung des Sitzes unterliegt dem freien Ermessen desjenigen, der zu der Bestimmung berechtigt ist. Insbesondere kann als Sitz auch ein Ort bestimmt werden, an dem weder die Verwaltung des Vereins geführt noch eine Vereinsthätigkeit ausgeübt wird[31]).

b) Fehlt es an einer Bestimmung des Sitzes, so gilt als Sitz der Ort, an welchem die Verwaltung geführt wird, d. h. an dem regelmäßig über die Angelegenheiten des Vereins Bestimmung getroffen wird[32]) [33]).

§ 18. Erlangung der Rechtsfähigkeit durch Eintragung.

Vereine ohne wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb[1]) erlangen Rechtsfähigkeit durch Eintragung in das Vereinsregister des zuständigen Amtsgerichts (§ 21).

---

[29]) Der Sitz des Vereins entspricht dem Wohnsitze der natürlichen Person (siehe oben S. 44 Anm. 10); er bestimmt daher auch den allgemeinen Gerichtsstand des Vereins (CPO. § 17 Abs. 1). Auch im Sinne des § 269 Abs. 1 steht der Sitz dem Wohnsitze gleich (vergl. Rehbein Anm. II, 3 zu §§ 21 ff.). Mehrere Sitze kann ein Verein nicht haben. So zutreffend Hölder Anm. 1 zu § 24, a. M. Gareis Anm. 2 zu § 24.

[30]) Nicht zutreffend erscheint die Ansicht von Planck Anm. 1 zu § 24, Hölder Anm. 1 zu § 24, daß der Sitz konzessionierter Vereine nach Art. 82 durch Landesgesetz bestimmt werden könne. Der Sitz eines Vereins bildet keinen Bestandtheil seiner Verfassung (vergl. §§ 24 und 25).

[31]) Vergl. Planck Anm. 1 zu § 24. Eine andere Bedeutung kann die Vorschrift des § 24 nicht haben. Vergl. auch HGB. § 182 Abs. 2 Nr. 1 und Staub Anm. 10, Pinner Anm. II, 5 b zu § 182 HGB. — Ein Verein, der in einem Berliner Vorort ein Krankenhaus unterhält, und dessen Verwaltung dort geführt wird, kann seinen Sitz in Berlin haben.

[32]) Nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch ist unter Verwaltung zwar nicht nur die Vermögensverwaltung, aber auch nicht jede Vereinsthätigkeit zu verstehen. Das Entscheidende ist die Bestimmung über die Vereinsangelegenheiten im Gegensatze zu der bloßen Ausführung der getroffenen Bestimmungen. Wenn sich in Breslau ein Verein zur Unterstützung Nothleidender in Oberschlesien bildet, dessen Vermögen in Breslau verwaltet wird, und dessen Vorstand in Breslau über die Unterstützungen entscheidet, die sodann an Ort und Stelle vertheilt werden, so ist der Sitz des Vereins Breslau. Der Ort, an dem regelmäßig oder doch überwiegend über die Vereinsangelegenheiten Bestimmung getroffen wird, wird stets festzustellen sein. Auf den Wohnsitz der Vorstandsmitglieder kommt es an sich nicht an. Er kommt nur insoweit in Betracht, als an ihm die Vereinsangelegenheiten regelmäßig besorgt werden. (Theilweise abweichend Planck und Hölder Anm. 2 zu § 24.)

[33]) Darüber, daß § 24 auch auf nicht rechtsfähige Vereine Anwendung findet, siehe oben S. 50 Anm. 1.

[1]) Die übliche Bezeichnung der Vereine des § 21 als „Vereine mit idealen Tendenzen" ist aus verschiedenen Gründen unzutreffend. Einmal kommt es nicht auf die Tendenz, sondern auf den Zweck an, den der Verein verfolgt. Sodann ist das Wort „ideal" hier nicht in seiner gewöhnlichen Bedeutung gebraucht. Ein Skatklub oder Rauchklub ist nicht für Jeden ein Verein mit idealen Tendenzen. Endlich aber unterscheidet das Gesetz selbst nicht nach positiven Merkmalen. Es kommt für die Anwendung des § 21 nicht darauf an,

I. Die Erlangung der Rechtsfähigkeit durch Eintragung hat folgende Voraussetzungen:

1. Wesentliche Voraussetzungen sind nur,

a) daß der Zweck des Vereins nicht auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist (§ 21),[2])

b) daß die Satzung des Vereins den Zweck, den Namen und den Sitz des Vereins enthält und ergiebt, daß der Verein eingetragen werden soll (§ 57 Abs. 1), **§ 57 Abs. 1.**

c) daß der Verein vom Vorstande zur Eintragung angemeldet ist[3]) und

d) daß die Eintragung in das Vereinsregister des zuständigen Amtsgerichts erfolgt. Zuständig ist das Amtsgericht, in dessen Bezirke der Verein seinen Sitz[4]) hat (§§ 55, 24). **§ 55.**

Liegen diese Voraussetzungen vor, so erlangt der Verein durch die Eintragung Rechtsfähigkeit, auch wenn die Vorschriften der §§ 56, 57 Abs. 2, 58 ff., welche sich nur als Ordnungsvorschriften darstellen, nicht beobachtet sind. Liegt auch nur eine dieser Voraussetzungen nicht vor, so ist der Verein trotz der Eintragung nicht rechtsfähig. Die Eintragung kann von Amtswegen gelöscht werden (RFG. §§ 159, 142, 143).

2. Als Ordnungsvorschriften enthält das Gesetz noch weitere Bestimmungen über die Voraussetzungen der Eintragung.

a) Die Eintragung soll nur erfolgen, wenn die Zahl der Mitglieder mindestens sieben beträgt (§ 56). **§ 56.**

Mitglied eines Vereins kann jede Person werden, mag es eine natürliche oder juristische Person sein. Ein Verein kann daher auch ausschließlich aus juristischen Personen bestehen.[5]) Auch zwischen Männern und Frauen, geschäftsfähigen, geschäftsunfähigen und in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Personen besteht in Ansehung der Fähigkeit, Mitglied eines Vereins zu sein, grundsätzlich kein Unterschied, soweit nicht Vorschriften des öffentlichen Rechtes entgegenstehen.[6]) Für die Wirksamkeit der Beitrittserklärung aller dieser Personen gelten die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen (vergl. z. B. §§ 26 Abs. 2, 86, 105, 106 ff., 114, 1358, 1399 u. s. w.). — Beträgt die Zahl der Mitglieder nicht mindestens sieben, so soll die Eintragung nicht erfolgen. Erfolgt sie aber, trotzdem

---

daß der Verein positiv ideale Zwecke verfolgt, sondern nur darauf, daß sein Zweck nicht auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist. — Auch die Unterscheidung zwischen „wirthschaftlichen" (§ 22) und „nicht wirthschaftlichen Vereinen" (§ 21) läßt das wesentlichste Unterscheidungsmerkmal des Gesetzes, den wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb, außer Betracht (siehe oben S. 56 Anm. 14). Die Bezeichnung „Vereine ohne wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb" und „Vereine mit wirthschaftlichem Geschäftsbetriebe" dürften den Bestimmungen des Gesetzes am meisten entsprechen.

[2]) Siehe hierüber oben S. 57 unter e.

[3]) Siehe unten S. 64 Anm. 23.

[4]) Siehe oben S. 60 unter 7. Vergl. RFG. § 5. — Durch die Eintragung in das Vereinsregister eines nach § 55 nicht zuständigen Gerichts kann der Verein Rechtsfähigkeit nicht erlangen. § 7 RFG. kann gegenüber der Sondervorschrift des § 21 BGB. nicht Anwendung finden. A. M. Riedel S. 180 Anm. 1.

[5]) Vergl. Neumann Anm. 5 zu § 21. Wenn sich 100 deutsche Kegel-Klubs, eingetragene Vereine, zu einem Allgemeinen Deutschen Kegler-Verbande zusammenthun, so kann dieser Verband als solcher durch Eintragung ein rechtsfähiger Verein werden. Nicht rechtsfähige Vereine können nicht Mitglieder eines rechtsfähigen Vereins sein. – Ueber das öffentliche Recht vergl. das Reichsgesetz vom 11. 12. 1899.

[6]) Vergl. Preuß. Verordnung vom 11. 3. 1850 § 8.

die Zahl eine geringere ist, so wird dadurch die Erlangung der Rechtsfähigkeit nicht verhindert.[7])

§ 57, Abs. 2. b) Der Name des Vereins soll sich von den Namen der an demselben Orte oder in derselben Gemeinde bestehenden eingetragenen Vereine deutlich unterscheiden (§ 57 Abs. 2).[8]) Unter Ort ist der Ort im politischen Sinne, unter Gemeinde eine zu einem politischen Verbande vereinigte Mehrheit von Orten zu verstehen.[9]) Von dem Namen nicht eingetragener Vereine, auch wenn sie rechtsfähig sind, und von dem Namen der an anderen Orten oder in anderen Gemeinden bestehenden eingetragenen Vereine braucht sich der Name des einzutragenden Vereins nicht zu unterscheiden[10]), wie denn der Verein in der Wahl des Namens, abgesehen von der Vorschrift des § 57 Abs. 2, grundsätzlich unbeschränkt ist. — Die Eintragung des Vereins unter Verletzung der Ordnungsvorschrift des § 57 Abs. 2 steht der Erlangung der Rechtsfähigkeit nicht entgegen. Eine Löschung der Eintragung von Amtswegen (RFG. §§ 159, 142, 143) kann nicht erfolgen, da die Beobachtung der Vorschrift des § 57 Abs. 2 keine wesentliche Voraussetzung der Eintragung ist. Auch besteht für den Registerrichter keine Möglichkeit, den Verein zur Aenderung des Namens anzuhalten.[11])

§ 58. c) Die Satzung des Vereins soll Bestimmungen enthalten über den Eintritt und Austritt der Mitglieder, darüber, ob und welche Beiträge von den Mitgliedern zu leisten sind, über die Bildung des Vorstandes, über die Voraussetzungen und die Form der Berufung der Mitgliederversammlung und über die Beurkundung der Beschlüsse (§ 58). Auch hier steht das Fehlen dieser Bestimmungen der Erlangung der Rechtsfähigkeit nicht entgegen. Es gelten dann für die in der Satzung nicht geregelten Angelegenheiten die allgemeinen Vorschriften der §§ 27 ff.[12]) Danach würde ein neues Mitglied nur auf Grund eines nach § 32 zu Stande gekommenen Beschlusses der Mitglieder eintreten, der Austritt jeder Zeit erfolgen können (§ 39). Eine Beitragspflicht würde nicht bestehen. Der Vorstand wäre nach den Vorschriften der §§ 26 Abs. 1, 27, 29 zu bilden, die Mitgliederversammlung nach den §§ 36, 37 zu berufen. Eine Beurkundung der Beschlüsse wäre nicht erforderlich.

---

[7]) § 56: „soll" nur erfolgen. Vergl. Prot. I S. 554—555. Wenn ein aus nur 5 Mitgliedern bestehender Verein durch ein Versehen des Amtsrichters eingetragen ist oder wenn sich bei einem aus 7 Mitgliedern bestehenden Vereine nach der Eintragung herausstellt, daß der Beitritt eines Mitglieds wegen Geschäftsunfähigkeit unwirksam ist, so ist der Verein dennoch rechtsfähig. Doch wird man annehmen müssen, daß der Verein die Rechtsfähigkeit dann nicht erlangt hat, wenn bei der Eintragung nur ein Mitglied vorhanden war, da ein Verein begrifflich nur bei einer Mehrzahl von Mitgliedern entstehen kann. Waren von Anfang an nur zwei Mitglieder vorhanden, so ist § 73 analog anzuwenden.

[8]) Vergl. § 30 HGB. und die Kommentare von Staub und Goldmann zu diesem §. Eine dem Abs. 4 des § 30 HGB. entsprechende Bestimmung enthält das BGB. nicht. Es kann also z. B. durch die Landesregierung nicht bestimmt werden, daß Berlin und Charlottenburg oder Nürnberg und Fürth im Sinne des § 57 Abs. 2 als ein Ort anzusehen seien.

[9]) Staub Anm. 1a zu § 30 HGB., Hölder Anm. 1c zu § 57, abweichend Goldmann Anm. I, 3 zu § 30 HGB.

[10]) A. M. Ramdohr, das Recht zum Gebrauch eines Namens bei Gruchot Bd. 43 S. 44 ff., nach welchem der Name jeder juristischen Person sich von dem jeder anderen juristischen Person an demselben Orte unterscheiden muß. Dies mag vielleicht de lege ferenda wünschenswerth sein, dem klaren Wortlaute des § 57 Abs. 2 entspricht es nicht.

[11]) § 30 HGB. ist eine Muß-, § 57 Abs. 2 BGB. nur eine Sollvorschrift. Eine dem § 37 HGB. entsprechende Vorschrift enthält weder das RFG. noch das BGB. Vergl. jedoch § 12 BGB. und oben S. 49 Anm. 13. — Vergl. die zur Durchführung des § 57 Abs. 2 getroffene Vorschrift des Art. 15 der Allg. Verf. des preuß. Justizministers vom 6. 11. 1899.

[12]) Vergl. Planck Anm. zu § 58.

II. **Der Hergang bei der Erlangung der Rechtsfähigkeit durch Eintragung** ist folgender:

1. Nach der Vereinsgründung[13]) oder gleichzeitig mit ihr muß sich der Verein eine **Satzung** geben. Die Satzung muß den Zweck, den Namen und den Sitz des Vereins (§ 57 Abs. 1 und 2), sowie die im § 58 vorgeschriebenen oben unter c angeführten Bestimmungen enthalten und ergeben, daß der Verein eingetragen werden soll (§ 57 Abs. 1).[14]) Im übrigen kann die Satzung beliebige Bestimmungen über die Verfassung des Vereins enthalten, nur dürfen dieselben den Vorschriften der §§ 26 ff. nicht widersprechen, soweit nicht Ausnahmen durch das Gesetz zugelassen sind (vergl. §§ 25, 40, 41 S. 2, 45 Abs. 2, 48). — Für das Zustandekommen der Satzung ist eine Form nicht vorgeschrieben; insbesondere bedarf es auch nicht der Schriftform der §§ 126, 127.[15]) Jedoch ist eine Niederschrift der Satzungen in Rücksicht auf die Vorschriften des § 59 Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 2 erforderlich.

2. Demnächst ist ein **Vorstand** gemäß den Bestimmungen der Satzung zu bestellen und die Bestellung zu beurkunden.[16]) Es genügt eine privatschriftliche Beurkundung; einer öffentlichen Beglaubigung oder gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf es nicht.

§ 59.

3. Sodann hat der Vorstand den Verein bei dem Amtsgericht, in dessen Bezirke der Verein seinen Sitz hat, zur Eintragung **anzumelden** (§§ 59 Abs. 1, 21, 55). Der Anmeldung sind die von mindestens sieben Mitgliedern unterzeichnete, mit dem Tage der Errichtung versehene Urschrift der Satzung[17]), sowie eine Abschrift derselben (§ 59 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3) und eine einfache Abschrift der Urkunden über die Bestellung des Vorstandes (§ 59 Abs. 1 Nr. 2) beizufügen.[18]) Die Anmeldung ist von den Mitgliedern des Vorstandes, — wenn der Vorstand aus mehreren Personen besteht (§ 26 Abs. 1), von allen Mitgliedern, — in öffentlich beglaubigter Form zu erklären (§ 77), d. h. im vorliegenden Falle, sie muß entweder schriftlich abgefaßt und der Unterschrift nach gerichtlich oder notariell beglaubigt oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers des Registergerichts erklärt werden.[19]) Die Anmeldung stellt sich dar als das Verlangen der Eintragung, im Sinne des Verfahrens als der an das Registergericht gestellte Antrag auf Eintragung. Da kein Verein verpflichtet ist, die Erlangung der Rechtsfähigkeit nachzusuchen, so besteht auch eine Verpflichtung

§ 77.

---

[13]) Siehe oben S. 53.

[14]) Die Nothwendigkeit einer Satzung folgt aus § 57 Abs. 1 (siehe oben unter I, 1 b S. 61). Ist aber eine Satzung vorhanden, so muß sie auch den Vorschriften des § 58 entsprechen, wenn die Anmeldung nicht zurückgewiesen werden soll (§ 60 Abs. 1).

[15]) Prot. I S. 555—556.

[16]) Bestellung und Beurkundung sind in Rücksicht auf § 59 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 erforderlich. Vergl. auch § 26 Abs. 1.

[17]) Unter der „Urschrift" kann hier nichts anderes verstanden werden, als ein den Erfordernissen des Abs. 3 des § 59 entsprechendes Exemplar der Satzung. Ebenso Hölder Anm. 2*a* zu § 59.

[18]) Die Beifügung eines Mitgliederverzeichnisses ist nicht erforderlich. Vergl. Prot. I S. 557, D. S. 24, KB. S. 14 und § 72 BGB.

[19]) Vergl. hierzu BGB. § 129 (auch Abs. 1 S. 2 und Abs. 2), RFG. §§ 167 Abs. 2 S. 1, 183, 184, PFG. Artt. 31 Abs. 1 S. 2, 60, RFG. §§ 159, 128. — Ist die Anmeldung notariell beurkundet oder beglaubigt, so gilt der Notar als ermächtigt, im Namen des Vorstandes die Eintragung zu beantragen, sowie Beschwerden und weitere Beschwerden einzulegen (RFG. §§ 159, 129, 124, vergl. Rausnitz Anm. 13 zu § 13 RFG.). Andere Bevollmächtigte bedürfen zur Anmeldung einer öffentlich beglaubigten Vollmacht (Rausnitz Anm. 6 Abs. 2 zu § 159 RFG.).

zur Stellung des Antrags auf Eintragung nicht.[20]) Hieraus folgt ferner, daß der Antrag, so lange die Eintragung nicht erfolgt ist, jeder Zeit zurückgenommen werden kann[21]), und daß durch eine ohne Anmeldung erfolgte Eintragung die Rechtsfähigkeit nicht erlangt werden kann.[22])

4. Aus dem vom BGB. angenommenen Systeme der Normativbestimmungen[23]) ergiebt sich die Stellung des Registerrichters. Jeder Verein, der die vom Gesetze bestimmten Bedingungen erfüllt, hat Anspruch auf Erlangung der Rechtsfähigkeit durch Eintragung in das Vereinsregister. Hiernach hat der Registerrichter die Anmeldung daraufhin, und zwar ausschließlich daraufhin zu prüfen, ob die vom Gesetze vorgeschriebenen Voraussetzungen für die Eintragung vorliegen. Die Prüfung hat sich zunächst auf die Zuständigkeit des Gerichts (§ 55), die Beobachtung der im § 77 vorgeschriebenen Form und darauf zu erstrecken, ob der Verein eintragungsfähig ist, d. h. ob sein Zweck nicht auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist (§ 21), und, wenn dies nicht der Fall ist, ob nicht eine durch ein Reichsgesetz oder vorbehaltenes Landesgesetz bestimmte Ausnahme von der Eintragungsfähigkeit vorliegt.[24]) Bei Prüfung der Frage, ob der Verein einen auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichteten Zweck verfolgt, ist der Richter nicht auf die eingereichten Satzungen beschränkt, er ist vielmehr berechtigt und verpflichtet, von Amtswegen die zur Feststellung der Thatsachen erforderlichen Ermittelungen zu veranstalten und die geeignet erscheinenden Beweise aufzunehmen (RFG. § 1, BGB. §§ 21, 55, RFG. § 12).[25]) Das Gericht hat ferner zu prüfen, ob das Bestehen des Vereins oder der Inhalt der Satzungen nicht zwingenden allgemeinen Vorschriften der Gesetze widerspricht[26]), ob die Vorschriften der §§ 25 ff. beobachtet sind[27]), soweit sie zwingender Natur sind, und ob den Erfordernissen der §§ 56—59

---

[20]) Die Vorschrift des § 59 Abs. 1, daß der Vorstand den Verein anzumelden hat, bedeutet nur, daß dies zu geschehen hat, wenn für den Verein durch Eintragung die Rechtsfähigkeit erlangt werden soll.

[21]) Warum dies unzulässig sein soll, wie Hölder Anm. 1 zu § 59 annimmt, ist nicht abzusehen. Vergl. Rausnitz Anm. 5 zu § 12 RFG.

[22]) Ebenso Hölder Vorbemerkung vor § 55 und Anm. 1 zu § 59, Rehbein Anm. 4 zu §§ 55 ff., a. M. Planck zu § 59. Die Rechtsfähigkeit kann dem Vereine nicht aufgezwungen werden. Vergl. auch Rausnitz Anm. 16 zu § 7 R.F.G.

[23]) Siehe oben S. 54 unter b.

[24]) Siehe oben S. 57 Anm. 18 und EG. Art. 84. — Wenn eine studentische Verbindung, die sich als Aktiengesellschaft organisiert hat, oder eine Religionsgesellschaft zur Eintragung in das Vereinsregister angemeldet wird, so ist die Anmeldung zurückzuweisen.

[25]) Ermittelungen von Amtswegen sind natürlich nicht in jedem Falle, sondern nur dann vorzunehmen, wenn Grund zu der Annahme vorhanden ist, daß der Verein auch andere als die in den Satzungen angegebenen Zwecke verfolgt.

[26]) Ein Skatklub kann eingetragen werden, nicht aber ein Kümmelblättchen- oder ein Rouge et noir-Klub. Die Gründung eines solchen Klubs verstößt gegen die guten Sitten und ist deshalb nichtig (§ 138 Abs. 1). Ebensowenig könnte eine Verbindung eingetragen werden, welche die gewaltsame Aenderung der Verfassung des Deutschen Reiches bezweckt (StrGB. § 81 Abs. 1 Nr. 2, BGB. § 134). Die Anmeldung jedes Vereins, der nach dem öffentlichen Vereinsrechte verboten ist, ist zurückzuweisen (§ 134). Das Gericht hat nicht erst abzuwarten, ob die Verwaltungsbehörde von ihrem Einspruchsrechte Gebrauch machen wird (so zutreffend Planck Anm. 1 zu § 60). Anders bei einem Vereine, der nach dem öffentlichen Vereinsrechte nur verboten werden kann.

[27]) Wenn z. B. die Satzung die Bestimmung enthält, daß nicht der Vorstand des Vereins, sondern eine andere dritte Person den Verein vertreten soll, daß Mitgliederversammlungen überhaupt nicht zu berufen sind, daß ein Austritt der Mitglieder nicht zulässig ist (§§ 26 Abs. 2, 36, 39), so muß die Anmeldung zurückgewiesen werden. Daß es dem Gerichte freisteht, und daß es sich empfiehlt, dem anmeldenden Vorstande zunächst die Beanstandungen zur Abhilfe mitzutheilen, unterliegt keinem Bedenken.

genügt ist (§ 60).[28]) Zu weiteren Prüfungen hat der Registerrichter weder Recht noch Pflicht. Beispielsweise unterliegt es nicht seiner Prüfung, ob der (erlaubte) Vereinszweck ein zu billigender ist, ob die Satzungen einem Normalstatut entsprechen, ob die einzelnen Bestimmungen praktisch sind, ob der nicht gegen die Vorschriften des § 57 Abs. 2 und nicht gegen die guten Sitten verstoßende Name schön ist und dergl.

5. Auf Grund der nach den dargestellten Grundsätzen erfolgten Prüfung ergeht die Verfügung des Registerrichters. Liegen die vom Gesetze bestimmten Bedingungen für die Eintragung nicht vor, so ist die Anmeldung zurückzuweisen.[29]) [30]) Der Beschluß muß die Gründe der Zurückweisung angeben; er ist dem anmeldenden Vorstande von Amtswegen zuzustellen (RFG. § 16). Gegen den Beschluß findet die sofortige Beschwerde nach den Vorschriften der CPO. statt (§ 60, CPO. §§ 577, 567 ff.).[31]) Zu einer Aenderung des zurückweisenden Beschlusses von Amtswegen ist das Gericht nicht befugt (CPO. § 577 Abs. 3). **§ 60.**

Ist allen Erfordernissen der Eintragung genügt, so ist die Anmeldung zuzulassen und zunächst der zuständigen Verwaltungsbehörde mitzutheilen (§ 61 Abs. 1)[32]). **§ 61.**

6. Es besteht nämlich in bestimmten Fällen ein Einspruchsrecht der Verwaltungsbehörde gegen die Eintragung mit der Wirkung, daß die Eintragung nicht erfolgen darf, solange der Einspruch besteht. Die Verwaltungsbehörde kann in folgenden Fällen gegen die Eintragung Einspruch erheben:

a) Wenn der Verein nach dem öffentlichen Vereinsrecht[33]) unerlaubt ist. Hat nicht schon der Registerrichter die Anmeldung zurückgewiesen, so kann nunmehr die Verwaltungsbehörde Einspruch gegen die Eintragung erheben.

b) Wenn der Verein nach dem öffentlichen Vereinsrechte verboten werden

---

[28]) Ueber diese Erfordernisse siehe oben S. 61 unter I. Auch hier sind überall die allgemeinen Vorschriften der Gesetze zu beachten. Wenn z. B. eines von den sieben Mitgliedern, welche die Satzung unterzeichnet haben (§ 59 Abs. 3), geschäftsunfähig ist, so fehlt eine Unterschrift.

[29]) Aus § 60 Abs. 1 folgt nicht, daß die Anmeldung nicht auch zurückzuweisen ist, wenn anderen Voraussetzungen der Eintragung nicht genügt ist als den Erfordernissen der §§ 56—59. Ebenso RG. in der JW. 1900 S. 825, Endemann I § 46 I, 1, Rehbein Anm. 3 zu §§ 55 ff. Die entgegengesetzte Ansicht von Riedel S. 180 erscheint nicht gerechtfertigt. Daß das Verfahren mit einer zurückweisenden Verfügung endet, wenn die vom Gesetze bestimmten Bedingungen für die Eintragung nicht vorliegen, ergeben die allgemeinen Grundsätze des Verfahrens. § 60 Abs. 1 enthält außer den Vorschriften über das Verfahren eine materiell rechtliche Vorschrift, er bestimmt eine Voraussetzung für die Zurückweisung.

[30]) Nach § 159 RFG. findet auch § 127 ebenda auf die Eintragungen in das Vereinsregister entsprechende Anwendung.

[31]) Gleichgültig ist, ob die Zurückweisung wegen Verletzung der §§ 56—59 oder aus anderen Gründen erfolgt (vergl. Anm. 29 und RG. in der JW. 1900 S. 824, Gruchot Bd. 44 S. 893). Die Vorschriften des RFG. über die Beschwerde (§§ 19 ff.) finden nicht Anwendung. Hiernach muß für die weitere Beschwerde § 568 Abs. 2 CPO., nicht § 29 Abs. 2 RFG. gelten.

[32]) Zulassung und Mittheilung erfordern nicht zwei besondere Verfügungen. Wird die Anmeldung zugelassen, so kann dies dadurch geschehen, daß der Richter die Mittheilung an die Verwaltungsbehörde verfügt. — Die zuständige Verwaltungsbehörde bestimmt für Preußen Art. 3 der Verordn. vom 16. 11. 1899 (Landrath, in Stadtkreisen Ortspolizeibehörde).

[33]) Ein Reichsgesetz über das öffentliche Vereinsrecht (Reichsverf. Art. 4 Nr. 16) ist noch nicht ergangen. Für Preußen vergl. Verfassungsurk. Art. 30, Verordnung vom 11. 3. 1850. Die §§ 2—5 II, 6 ALR. sind aufgehoben. Vergl. hierzu die zutreffenden Ausführungen von Weißler S. 552.

kann. Hier kann allein die Verwaltungsbehörde durch ihren Einspruch die Eintragung verhindern. Das Gericht darf die Anmeldung nicht zurückweisen.[34])

c) Wenn der Verein einen politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zweck verfolgt.[35]) Voraussetzung ist also

α) ein politischer, sozialpolitischer oder religiöser Zweck des Vereins. Der Zweck eines Vereins ist ein politischer, wenn er auf Fragen der praktischen Politik, — im Gegensatze zur theoretischen Politik, der Staatswissenschaft[36]) — gerichtet ist, d. h. wenn der Verein eine Einwirkung auf die Angelegenheiten des Staates (seine Einrichtungen, seine Verfassung, Verwaltung, Gesetzgebung), auf das Verhalten des Einzelnen zum Staate und auf die Beziehungen der Staaten unter einander bezweckt. Gleichgültig ist dabei, auf welchem Gebiete des staatlichen Lebens der Verein sich bethätigen, ob er z. B. auf die allgemeine Staatsverwaltung oder auf die Verwaltung einer Provinz oder einer Kommune einwirken will, ob er eine Aenderung des Reichstagswahlrechts oder eine Einwirkung auf die Handels-, Agrar- oder Sozialpolitik oder die auswärtige Politik des Reichs bezweckt. Zu den politischen Zwecken gehören hiernach auch die sozialpolitischen, d. h. die auf die staatliche Regelung der sozialen Verhältnisse, insbesondere der Arbeiterfrage gerichteten; das Gesetz hat diese Zwecke nur wegen ihrer großen Bedeutung für die Gegenwart besonders hervorgehoben.[37])[38])

---

[34]) Siehe oben Anm. 26 a. E. Es liegt hier in der Hand der Verwaltungsbehörde, den Verein bestehen zu lassen und nur die Erlangung der Rechtsfähigkeit zu verhindern. Vergl. Prot. I S. 562, D. S. 25.

[35]) Ueber die Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung vergl. Prot. I S. 560 ff., D. S. 18 ff., KB. S. 9 ff. Die Fassung des § 61 Abs. 2 entspricht der des § 55 E. II (vergl. § 58 Abs. 2 E. III), welcher von der Reichstagskommission wiederhergestellt wurde. E. IV (§ 58 Abs. 2) gewährte das Einspruchsrecht auch, wenn der Verein einen dem Gebiete der Erziehung oder des Unterrichts angehörenden Zweck verfolgt.

[36]) Die theoretische Politik beschäftigt sich mit der Lehre vom Staatsleben, die praktische mit der Anwendung der von der ersteren aufgestellten Grundsätze auf gegebene Verhältnisse. Jene fällt nicht unter die Vorschrift des § 61 Abs. 2. Ein Wahlverein ist ein politischer im Sinne dieser Bestimmung, nicht aber ein Verein, der das Studium der verschiedenen Wahlsysteme und deren theoretische Vervollkommnung bezweckt; ebenso ist ein politischer Verein eine Friedensgesellschaft, welche die Einführung internationaler Schiedsgerichte zur Vermeidung von Kriegen bezweckt, nicht aber eine Gesellschaft für internationales Recht.

[37]) Prot. I S. 563, KB. S. 11. Dies ist für die Auslegung des Gesetzes von Wichtigkeit. Der Zweck muß ein sozialpolitischer sein, d. h. der Verein muß eine Einwirkung auf das Verhalten des Staates oder des Einzelnen zum Staate in sozialen Fragen bezwecken. Ein Fachverein der Schlosser, der außer der Fortbildung seiner Mitglieder in den Fachkenntnissen die Erzielung besserer Arbeitsbedingungen für dieselben durch Verhandlungen mit den Arbeitgebern, durch Fernhalten auswärtiger Arbeiter, durch Arbeitseinstellungen bezweckt, verfolgt ebensowenig politische Zwecke, wie ein Verband von Fabrikanten, der für seine Mitglieder günstigere Bedingungen durch Heranziehung fremder Arbeiter, Arbeiteraussperrungen oder dergleichen erzielen will. Die Zwecke dieser Vereine sind auf das Verhalten der Einzelnen zu einander gerichtet. Erst wenn sie eine Einwirkung auf die Gesetzgebung — z. B. die gesetzliche Einführung eines Maximalarbeitstags, des Verbots der Kinderarbeit, der Bestrafung der Arbeitseinstellung ohne die gesetzlich oder vertragsmäßig erforderliche Kündigung — oder auf das Verhalten der staatlichen Organe zu ihren Bestrebungen (Arbeitseinstellungen, Arbeiteraussperrungen) bezwecken, werden sie zu sozialpolitischen Vereinen im Sinne des § 61 Abs. 2. Ebenso Planck Anm. 2 zu § 61, Crome § 50 unter 2, c, vergl. auch Riedel S. 95—96, a. M. Hölder Anm. 2 β, der „sozialpolitischen Zweck“ für gleichbedeutend mit „sozialem Zwecke“ erklärt.

[38]) Auch abgesehen von den sozialpolitischen Vereinen ist für den Begriff des politischen Vereins stets festzuhalten, daß der Verein eine Einwirkung auf den Staat oder das Verhalten des Einzelnen zum Staate, nicht auf „öffentliche Angelegenheiten“ im Allgemeinen (so Planck Anm. 2 zu § 61) bezwecken muß. „Oeffentliche Angelegenheiten“ können z. B. auch die sein, welche Kunst, Wissenschaft, Unterricht, Erziehung betreffen.

Ein religiöser Zweck ist jeder, der das Gebiet der Religion berührt.[39]) Religiöse Zwecke verfolgen hiernach nicht nur Vereinigungen zur häuslichen oder öffentlichen Feier des Gottesdienstes oder zu anderen Religionsübungen, sondern z. B. auch Vereine zur Hebung des Kirchenbesuchs, Missionsvereine, Vereine, die eine Agitation für den Austritt aus der Kirche oder die Bekämpfung jeder Religion bezwecken.[40])

β) Der Verein muß einen politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zweck verfolgen, d. h. die Vereinsthätigkeit muß unmittelbar auf die Erreichung eines dieser Zwecke gerichtet sein. Ob dies der Fall ist, entscheidet sich nicht ausschließlich nach den Satzungen. Auch wenn der Verein entgegen den Satzungen thatsächlich einen politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zweck verfolgt, ist das Einspruchsrecht begründet.[41]) Dagegen genügt es nicht, daß der Verein mittelbar einem der angegebenen Zwecke dient, daß die Förderung dieser Zwecke eine Nebenwirkung der unmittelbar auf einen anderen Zweck gerichteten Vereinsthätigkeit ist, oder daß die Besorgniß besteht, der Verein könnte einen politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zweck verfolgen.[42])

d) Die Verwaltungsbehörde kann den Einspruch wirksam erheben, solange die Eintragung noch nicht erfolgt ist. Da diese aber erfolgen darf, wenn seit der Mittheilung der Anmeldung an die Verwaltungsbehörde sechs Wochen verstrichen sind (§ 63), so wird der Einspruch regelmäßig innerhalb dieser Frist erhoben werden müssen.[43]) **§ 63.**

e) Die Verwaltungsbehörde kann sich gegenüber der Mittheilung der Anmeldung verschieden verhalten: **§§ 62, 63.**

Ein Verein, der die Fortbildung von Handwerkslehrlingen durch Einrichtung einer Fortbildungsschule anstrebt, bezweckt eine Einwirkung auf eine öffentliche Angelegenheit (die Ausbildung der Handwerkslehrlinge). Sein Zweck ist aber kein politischer. Er wird zu einem solchen, wenn der Zweck auf Einrichtung von Fortbildungsschulen durch den Staat oder die Gemeinde gerichtet wird.

[39]) So zutreffend Hölder Anm. 2 γ zu § 61, dessen weitere Ausführungen ebenfalls zu vergleichen sind.

[40]) Verfehlt sind hiernach die Ausführungen von Riedel S. 97 ff., nach denen im Gebiete des ALR. die Religionsgesellschaften (EG. Art. 84) den Begriff der Vereine zu religiösen Zwecken erschöpfen, so daß die Letzteren Rechtsfähigkeit ausschließlich durch besonderes Gesetz erlangen können (Preuß. Verf. Art. 13), und § 61 nicht zur Anwendung kommt. Ein Verein zur Hebung des Kirchenbesuchs kann z. B. Rechtsfähigkeit sehr wohl durch Eintragung erlangen; er ist keine „Religionsgesellschaft" im Sinne des Art. 84.

[41]) Die entgegengesetzte Meinung (Prot. I S. 563) erscheint nicht begründet. Auch der Wortlaut des Gesetzes bietet keinen Anhalt dafür, daß es nur auf den satzungsgemäßen Zweck ankommen soll. Man darf nicht (wie Hölder Anm 2 δ zu § 61) übersehen, daß nicht nur neu gegründete, sondern auch schon einige Zeit bestehende Vereine die Eintragung verlangen können. Bei neu gegründeten Vereinen wird allerdings regelmäßig nur die Satzung maßgebend sein können. Wenn aber z. B. ein schon längere Zeit bestehender Turnverein oder Rauchklub seine Thätigkeit auf politische Agitation gerichtet hatte, so ist der Einspruch begründet. Nach der Eintragung findet § 43 Abs. 3 Anwendung.

[42]) Der Eintragung eines ausschließlich von Mitgliedern einer politischen Partei gebildeten Vergnügungs-Vereins kann nicht deshalb widersprochen werden, weil zu befürchten sei, daß dieser Verein politische Zwecke verfolgen werde, oder weil der gesellige Zusammenschluß mittelbar dazu diene, die Mitglieder an die Partei zu fesseln, oder weil neu beitretende Mitglieder durch den Verkehr mit den anderen für die Partei geworben werden können.

[43]) Nach Fischer-Henle Anm. 2 zu § 63 soll der Einspruch nach Ablauf der Frist unzulässig sein. Dies widerspricht der Entstehungsgeschichte des Gesetzes (Prot. I S. 560, 565) und dem Wortlaute des § 63, nach welchem die Eintragung erst erfolgen darf, wenn die Frist verstrichen **und** Einspruch nicht erhoben ist. Daß der Einspruch innerhalb der Frist erhoben sein müsse, sagt das Gesetz nicht. Wie hier Rehbein Anm. 3 zu §§ 55 ff., Kuhlenbeck Anm. 1 zu § 63, Hölder Anm. 1 zu § 63, Leonhard § 37 VI.

α) Sie theilt dem Amtsgerichte mit, daß Einspruch nicht erhoben werde. Geht eine solche Mittheilung ein, so hat die Eintragung zu erfolgen, auch wenn die sechswöchentige Frist des § 63 noch nicht verstrichen ist.

β) Erhebt die Verwaltungsbehörde Einspruch, so hat das Amtsgericht den Einspruch dem Vorstande des Vereins mitzutheilen (§ 62 Abs. 1). Der Einspruch verhindert die Eintragung, ohne daß es einer Begründung seitens der Verwaltungsbehörde bedarf. Ist Einspruch erhoben, so darf die Eintragung nur dann erfolgen, wenn der Einspruch zurückgenommen[44]) oder endgültig aufgehoben wird (§ 63). Der Einspruch kann nämlich im Wege des Verwaltungsstreitverfahrens oder, wo ein solches nicht besteht, im Wege des Rekurses nach Maßgabe der §§ 20, 21 der Gewerbeordnung angefochten werden (§ 62 Abs. 2).[45]) Die Klage im Verwaltungsstreitverfahren ist von dem Vorstande des Vereins gegen die Verwaltungsbehörde zu richten, die den Einspruch erhoben hat. Klage und Rekurs können nur darauf gestützt werden, daß ein Fall des § 61 Abs. 2 nicht vorliegt, d. h. daß der Verein nach dem öffentlichen Vereinsrechte nicht unerlaubt ist und nicht verboten werden kann, und daß er einen politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zweck nicht verfolgt. Da dies Voraussetzung für das Einspruchsrecht ist, so hat die Verwaltungsbehörde sowohl im Verwaltungsstreitverfahren wie im Rekursverfahren den Beweis für das Vorliegen eines der Gründe des § 61 Abs. 2 zu führen. Darauf, daß trotz Vorliegens der Voraussetzungen für das Einspruchsrecht die Erhebung des Einspruchs nicht zweckmäßig ist, kann die Anfechtung nicht gestützt werden.[46])

Erhebt die Verwaltungsbehörde Einspruch, so ist mit der Mittheilung des Einspruchs an den Vorstand die Thätigkeit des Registerrichters vorläufig beendigt. Er hat weder eine besondere zurückweisende Verfügung zu erlassen, noch hat er zu kontrollieren, ob etwa eine Anfechtung erfolgt ist und welches Ergebniß die Anfechtung gehabt hat. Es ist Sache des Vorstandes, im Falle der endgültigen Aufhebung des Einspruchs (§ 63) diese dem Registerrichter nachzuweisen und die Eintragung weiter zu betreiben. Eine endgültige Aufhebung liegt dann vor, wenn im Verwaltungsstreitverfahren oder im Wege des Rekurses der Einspruch aufgehoben und gegen die aufhebende Entscheidung ein Rechtsmittel nicht mehr zulässig ist.

---

[44]) Zwar erwähnt das Gesetz die Zurücknahme des Einspruchs nicht, doch wird es keinem Zweifel unterliegen können, daß die Verwaltungsbehörde durch eine dem Amtsgerichte gegenüber abzugebende Erklärung den Einspruch zurücknehmen, und daß der anmeldende Vorstand die Zurücknahme durch Beschwerden an die Aufsichtsbehörden betreiben kann. Wird der Einspruch zurückgenommen, so kann die Eintragung sofort erfolgen. Die Zurücknahme steht der Erklärung gleich, daß Einspruch nicht erhoben werde.

[45]) In Preußen entscheidet nach Art. 3 Abs. 2 der Verordn. vom 16. 11. 1899 über die Rechtmäßigkeit des Einspruchs der Bezirksausschuß im Verwaltungsstreitverfahren (vergl. §§ 61 ff. des Gesetzes über die allgemeine Landesverwaltung vom 30. 7. 1883). An eine Frist ist die Anbringung der Klage nicht gebunden (a. M. Planck Anm. 1 zu § 62). Das BGB. bestimmt nur, daß die Anfechtung im Wege des Verwaltungsstreitverfahrens erfolgt, nicht aber, daß dies innerhalb einer bestimmten Frist geschehen muß. Die Landesgesetzgebung ist zur Bestimmung einer solchen Frist nicht befugt. Uebrigens enthält auch das preußische Gesetz vom 30. 7. 1883 im § 51 nur die Vorschrift, daß, wo die Gesetze für die Anbringung der Klage eine Frist bestimmen, diese fortan stets 2 Wochen betragen solle, nicht aber die allgemeine Bestimmung, daß eine Klage stets innerhalb zweier Wochen angebracht werden müsse. — Der Rekurs an die nächstvorgesetzte Behörde nach § 20, 21 Gew.-O. muß binnen 14 Tagen gerechtfertigt werden.

[46]) Die Zweckmäßigkeitsfrage kann nur durch die Beschwerde an die Aufsichtsbehörde zur Erörterung gebracht werden (siehe Anm. 44).

γ) Die Verwaltungsbehörde giebt gar keine Erklärung ab. Sind in diesem Falle sechs Wochen seit der Mittheilung der Anmeldung an die Verwaltungsbehörde verstrichen, so darf die Eintragung erfolgen, falls bis zu derselben Einspruch nicht noch erhoben ist.[47])

7. Ist die Anmeldung zugelassen und liegen die Voraussetzungen vor, unter denen die Eintragung nach den Ausführungen unter 6, e erfolgen darf, so ist die Eintragung des Vereins in das Vereinsregister zu bewirken.

a) Die Eintragung erfolgt auf Grund einer Verfügung des Amtsgerichts (Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 12. 11. 1898 § 1)[48]). Einzutragen sind der Name und der Sitz des Vereins (§ 57), der Tag der Errichtung der Satzung (§ 59 Abs. 3), die Mitglieder des Vorstandes (§ 59 Abs. 2 Nr. 2) und Bestimmungen, die den Umfang der Vertretungsmacht des Vorstandes einschränken (§ 26 Abs. 2) oder die Beschlußfassung des Vorstandes abweichend von der Vorschrift des § 28 Abs. 1 (§ 40) regeln (§ 64)[49]). Die Eintragung soll den Tag angeben, an dem sie erfolgt ist, und mit der Unterschrift des zuständigen Beamten[50]) versehen werden (RFG. §§ 159, 130). **§ 64.**

b) Die Eintragung soll dem Vorstande bekannt gemacht werden (RFG. §§ 159, 130 Abs. 2)[51]). Außerdem ist sie vom Amtsgerichte durch das für seine Bekanntmachungen bestimmte Blatt zu veröffentlichen (§ 66 Abs. 1)[52]). Die Urschrift der Satzung (§ 59 Abs. 2 Nr. 1) ist mit der Bescheinigung der Eintragung zu versehen und dem Vorstande zurückzugeben. Die Abschrift wird von dem Amtsgerichte[53]) beglaubigt und mit den übrigen Schriftstücken bei den Registerakten aufbewahrt (§ 66 Abs. 2, Bekanntm. § 10). **§ 66.**

c) Das Vereinsregister ist unbeschränkt öffentlich[54]). Die Einsicht des Registers, sowie der von dem Vereine eingereichten Schriftstücke ist Jedem gestattet[55]). Von den Eintragungen kann eine Abschrift gefordert werden, die auf Verlangen zu beglaubigen ist[58]). Auch hat das Amtsgericht[56]) Zeugnisse über die Eintragung der Vorstandsmitglieder auszustellen. Durch ein solches Zeugniß wird Behörden gegenüber der Nachweis geführt, daß der Vorstand **§ 79.** **§ 69.**

[47]) Siehe oben S. 67 unter d. Eine Verlängerung der Frist kennt das Gesetz nicht.

[48]) Ueber die Führung des Vereinsregisters siehe die Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 12. 11. 1898 und die Allgem. Verf. des preuß. Justizministers vom 6. 11. 1899. Danach werden die Vereinsregister nach den der Bekanntmachung (§ 2) beigefügten Formularen geführt. Die Eintragungen werden ihrem Wortlaute nach vom Richter verfügt und vom Gerichtsschreiber bewirkt (Bekanntm. § 1, Allg. Verf. Artt. 3,5). Für jeden eingetragenen Verein sind besondere Registerakten zu halten, in welche die zur Eintragung bestimmten Anmeldungen nebst Anlagen, die gerichtlichen Verfügungen, die Mittheilungen anderer Behörden (z. B. Einspruch) und die Nachweise über die Bekanntmachungen aufzunehmen sind (Bekanntm. §§ 10, 4).

[49]) Vergl. Bekanntm. § 9.

[50]) In Preußen des Gerichtsschreibers. Bekanntm. § 3 S. 2. Allgem. Verf. Art. 5.

[51]) Allgem. Verf. Art. 12.

[52]) Allgem. Verf. Artt. 3, 10, 11.

[53]) In Preußen von dem Gerichtsschreiber. Allg. Verf. Art. 13 Abs. 1. Vergl. PFG. Art. 35.

[54]) Die Oeffentlichkeit des Vereinsregisters ist eine noch vollständigere als die des Handelsregisters, da sie sich ohne Beschränkung auch auf eingereichte Schriftstücke bezieht (vergl. HGB. § 9 Abs. 2 S. 1).

[55]) Allg. Verf. Art. 14. In Ansehung anderer als der vom Verein eingereichten Schriftstücke gilt § 34 RFG.

[56]) Nach Art. 3 Abs. 1 S. 2 Allg. Verf. sind die Zeugnisse von dem Richter auszustellen, nach S. 3, PFG. Art. 18 von dem Gerichtsschreiber auszufertigen.

aus den im Register eingetragenen Personen besteht [57]). Endlich hat das Amtsgericht auf Verlangen Bescheinigungen darüber zu ertheilen, daß bezüglich des Gegenstandes einer Eintragung weitere Eintragungen in das Vereinsregister nicht vorhanden sind oder daß eine bestimmte Eintragung in das Register nicht erfolgt ist (RFG. § 162) [58]).

d) Mit der Eintragung erlangt der Verein Rechtsfähigkeit. Die Eintragung hat jedoch keine formale Rechtskraft; sie verschafft dem Vereine die Rechtsfähigkeit nur, wenn ihr die oben S. 61 unter 1 a—d angegebenen wesentlichen Voraussetzungen zu Grunde liegen. [59]) Dagegen ist es für die Wirkung der Eintragung gleichgültig, ob die Vorschriften der §§ 59 Abs. 2—64 beobachtet sind. [60])

Fehlt eine der wesentlichen Voraussetzungen, so kann das Registergericht die trotzdem erfolgte Eintragung von Amtswegen löschen (RFG. §§ 159, 142, 143). Auch während des Bestehens der Eintragung war der Verein nicht rechtsfähig. Niemand kann sich in Ansehung der Wirksamkeit der von dem Verein oder ihm gegenüber vorgenommenen Rechtsgeschäfte darauf berufen, daß der Verein zur Zeit der Vornahme eingetragen war. [61]) — Ist eine der für die Wirkung der Eintragung nicht wesentlichen Vorschriften nicht beobachtet, so kann deshalb eine Löschung der erfolgten Eintragung von Amtswegen nicht erfolgen. [62])

§ 65. e) Eine weitere Wirkung der Eintragung ist die, daß der Name des Vereins mit der Eintragung von Gesetzeswegen den Zusatz „eingetragener Verein" erhält (§ 65).

---

[57]) Die Bedeutung dieser Vorschrift ist, abgesehen vom Prozesse (CPO. § 56 Abs. 1), eine geringe. Sie besteht darin, daß Behörden die Legitimation der Vorstandsmitglieder durch das Zeugniß als geführt ansehen können. Sie können aber auch einen weiteren Nachweis verlangen (so zutreffend Rausnitz Anm. 10 zu § 162 RFG.). Die Grundsätze über den guten Glauben (vergl. z. B. §§ 2368 Abs. 3, 2365 ff.) kommen für das Zeugniß des § 69 nicht zur Anwendung. Privatpersonen gegenüber gilt die Vorschrift nicht. Diese müssen sich den Nachweis führen lassen, daß die als Vorstandsmitglieder Auftretenden als solche wirksam bestellt sind. Außerdem gilt § 68.

[58]) Allg. Verf. Art. 3 Abs. 1, siehe Anm. 56. Vergl. auch HGB. § 9 Abs. 2. — Es ist z. B. auf Verlangen eine Bescheinigung darüber auszustellen, daß ein Verein nicht eingetragen ist.

[59]) Siehe auch oben S. 57 bei Anm. 17 und Prot. I S. 566.

[60]) Ebenso Planck Anm. 1 zu § 60, Anm. 2 zu § 63, Anm. zu § 64. A. M. Fischer-Henle Anm. 3 zu § 63. Es handelt sich hier um Ordnungsvorschriften, Anweisungen an den Registerrichter, deren Verletzung die Eintragung nicht unwirksam macht. Wenn z. B. das Amtsgericht versehentlich den angemeldeten Verein einträgt, ohne die Anmeldung vorher der zuständigen Verwaltungsbehörde mitzutheilen, oder obwohl diese Einspruch erhoben hat, oder obwohl die sechswöchentige Frist des § 63 noch nicht abgelaufen ist, so erlangt der Verein trotzdem durch die Eintragung Rechtsfähigkeit a. M. Hölder Anm. 1 zu § 61. — Ueber die Folgen der Nichtbeobachtung der §§ 56, 57 Abs. 2, 58 siehe oben S. 62 Anm. 7, S. 62 unter b und c.

[61]) Irrig ist die Ansicht von Fischer-Henle Anm. 5 zu § 22, Anm. 3 zu § 63, Gareis Anm. 4 a zu § 64, daß auf die Wirksamkeit der in der Zwischenzeit vorgenommenen Rechtsgeschäfte § 32 RFG. Anwendung finde. § 32 bezieht sich auf die Aufhebung einer Verfügung, nicht auf die Löschung einer Eintragung. Er spricht ferner nur von der Erlangung der Fähigkeit zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts (vergl. hierzu Rausnitz Anm. 4 zu § 32 RFG.), nicht von der Erlangung der Rechtsfähigkeit.

[62]) Solange die Eintragung noch nicht erfolgt ist, kann das Gericht die die Eintragung anordnende Verfügung wieder aufheben, wenn es sie nachträglich für ungerechtfertigt erachtet (RFG. § 18).

§ 19. Erlangung der Rechtsfähigkeit durch staatliche Verleihung.

Vereine mit wirthschaftlichem Geschäftsbetrieb erlangen in Ermangelung besonderer reichsgesetzlicher Vorschriften Rechtsfähigkeit durch staatliche Verleihung (§ 22 S. 1). § 22.

1. Für einen großen Theil der Vereine mit wirthschaftlichem Geschäftsbetrieb ist die Erlangung der Rechtsfähigkeit reichsgesetzlich besonders geregelt. Dies gilt insbesondere für die Handelsgesellschaften, denen Rechtsfähigkeit zukommt, nämlich die Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (HGB. §§ 178 ff., 320 ff.), die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Ges. vom 20. 4. 1892), ferner für die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften (Ges. vom 1. 5. 1889), die Innungen und Handwerkskammern (Gew.-O. §§ 81 ff., 86, 101 Abs. 3, 103 n Abs. 1, 104 g) u. s. w. [1]).

2. Bei denjenigen Vereinen mit wirthschaftlichem Geschäftsbetriebe, für welche das Landesrecht aufrecht erhalten ist,[2]) richtet sich auch die Erlangung der Rechtsfähigkeit nach Landesrecht. Hierher gehören insbesondere die bergrechtlichen Gewerkschaften (EG. Art. 67) und vorläufig auch noch die Versicherungsgesellschaften (Art. 75).[3])

3. Hiernach bleibt für die Vorschrift des § 22 nur ein geringes Anwendungsgebiet:[4]) die Vereine mit wirthschaftlichem Geschäftsbetriebe, welche nicht den besonderen Reichsgesetzen oder den vorbehaltenen Landesgesetzen unterliegen, können die Rechtsfähigkeit nur durch staatliche Verleihung erlangen.[5]) [6])

4. Wesentliche Voraussetzungen für die Erlangung der Rechtsfähigkeit durch staatliche Verleihung sind nur:

a) daß der Zweck des Vereins auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist und

b) daß die Verleihung durch den zuständigen Bundesstaat erfolgt. Zuständig ist der Bundesstaat, in dessen Gebiete der Verein seinen Sitz hat (§§ 22 S. 2, 24).[7]) Durch Verleihung seitens eines anderen Bundesstaats kann ein Verein, der im Reichsgebiete seinen Sitz hat, Rechtsfähigkeit nicht erlangen.[8])

---

[1]) Vergl. die Zusammenstellungen bei Riedel S. 64, Fischer-Henle Anm. 2 zu § 22, Neumann Anm. zu § 22.

[2]) Siehe oben S. 51 unter 3.

[3]) In Preußen ist durch Verordn. vom 27. 12. 1899 den bestehenden landespolizeilich genehmigten Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit Rechtsfähigkeit verliehen worden.

[4]) Vergl. D. S. 18.

[5]) Dies würde z. B. bei dem Vereine Kreditreform zutreffen (siehe oben S. 56 Anm. 13). Darüber, daß die Eintragung diesen Vereinen die Rechtsfähigkeit nicht verschafft, siehe oben S. 57 unter e. Hiernach kann ein Verein, in Ansehung dessen sowohl die Eintragung wie die Verleihung abgelehnt ist, Rechtsfähigkeit nicht erlangen. (Vergl. Eck, Vorträge S. 55.)

[6]) Eine landesgesetzliche Abänderung der Vorschrift des § 22 außerhalb des Gebiets der Vorbehalte ist unzulässig (siehe oben S. 3 unter II). Das Landesrecht kann beispielsweise für die Vereine des § 22 die Erlangung der Rechtsfähigkeit nicht dadurch erleichtern, daß es für sie das System der Normativbestimmungen einführt. Vergl. Prot. I S. 499—500, Endemann I § 47 Anm. 4.

[7]) Ueber Vereine, die ihren Sitz nicht in einem Bundesstaate haben (§ 23), siehe oben S. 58 unter 6.

[8]) Einem Vereine mit dem Sitze in Berlin, dem die preußische Regierung die Verleihung der Rechtsfähigkeit abgelehnt hat, kann nicht ein anderer Bundesstaat die Rechtsfähigkeit verleihen. Er muß ein bezügliches Gesuch nach § 22 S. 2 schon wegen seiner Unzuständigkeit ablehnen. Eine trotz der Unzuständigkeit erfolgte Verleihung wäre wirkungslos. Es ist jedoch zu beachten, daß der Verein seinen Sitz nach freiem Ermessen bestimmen kann, und daß er seinen Sitz nicht an dem Orte zu haben braucht, an dem die Verwaltung geführt wird (siehe oben S. 60 unter a).

aus den im Register eingetragenen Personen besteht[57]). Endlich hat das Amtsgericht auf Verlangen Bescheinigungen darüber zu ertheilen, daß bezüglich des Gegenstandes einer Eintragung weitere Eintragungen in das Vereinsregister nicht vorhanden sind oder daß eine bestimmte Eintragung in das Register nicht erfolgt ist (RFG. § 162)[58]).

d) Mit der Eintragung erlangt der Verein Rechtsfähigkeit. Die Eintragung hat jedoch keine formale Rechtskraft; sie verschafft dem Vereine die Rechtsfähigkeit nur, wenn ihr die oben S. 61 unter 1 a—d angegebenen wesentlichen Voraussetzungen zu Grunde liegen.[59]) Dagegen ist es für die Wirkung der Eintragung gleichgültig, ob die Vorschriften der §§ 59 Abs. 2—64 beobachtet sind.[60])

Fehlt eine der wesentlichen Voraussetzungen, so kann das Registergericht die trotzdem erfolgte Eintragung von Amtswegen löschen (RFG. §§ 159, 142, 143). Auch während des Bestehens der Eintragung war der Verein nicht rechtsfähig. Niemand kann sich in Ansehung der Wirksamkeit der von dem Verein oder ihm gegenüber vorgenommenen Rechtsgeschäfte darauf berufen, daß der Verein zur Zeit der Vornahme eingetragen war.[61]) — Ist eine der für die Wirkung der Eintragung nicht wesentlichen Vorschriften nicht beobachtet, so kann deshalb eine Löschung der erfolgten Eintragung von Amtswegen nicht erfolgen.[62])

§ 65. e) Eine weitere Wirkung der Eintragung ist die, daß der Name des Vereins mit der Eintragung von Gesetzeswegen den Zusatz „eingetragener Verein" erhält (§ 65).

---

[57]) Die Bedeutung dieser Vorschrift ist, abgesehen vom Prozesse (CPO. § 56 Abs. 1), eine geringe. Sie besteht darin, daß Behörden die Legitimation der Vorstandsmitglieder durch das Zeugniß als geführt ansehen können. Sie können aber auch einen weiteren Nachweis verlangen (so zutreffend Rausnitz Anm. 10 zu § 162 RFG.). Die Grundsätze über den guten Glauben (vergl. z. B. §§ 2368 Abs. 3, 2365 ff.) kommen für das Zeugniß des § 69 nicht zur Anwendung. Privatpersonen gegenüber gilt die Vorschrift nicht. Diese müssen sich den Nachweis führen lassen, daß die als Vorstandsmitglieder Auftretenden als solche wirksam bestellt sind. Außerdem gilt § 68.

[58]) Allg. Verf. Art. 3 Abs. 1, siehe Anm. 56. Vergl. auch HGB. § 9 Abs. 2. — Es ist z. B. auf Verlangen eine Bescheinigung darüber auszustellen, daß ein Verein nicht eingetragen ist.

[59]) Siehe auch oben S. 57 bei Anm. 17 und Prot. I S. 566.

[60]) Ebenso Planck Anm. 1 zu § 60, Anm. 2 zu § 63. Anm. zu § 64. A. M. Fischer-Henle Anm. 3 zu § 63. Es handelt sich hier um Ordnungsvorschriften, Anweisungen an den Registerrichter, deren Verletzung die Eintragung nicht unwirksam macht. Wenn z. B. das Amtsgericht versehentlich den angemeldeten Verein einträgt, ohne die Anmeldung vorher der zuständigen Verwaltungsbehörde mitzutheilen, oder obwohl diese Einspruch erhoben hat, oder obwohl die sechswöchentige Frist des § 63 noch nicht abgelaufen ist, so erlangt der Verein trotzdem durch die Eintragung Rechtsfähigkeit a. M. Hölder Anm. 1 zu § 61. — Ueber die Folgen der Nichtbeobachtung der §§ 56, 57 Abs. 2, 58 siehe oben S. 62 Anm. 7, S. 62 unter b und c.

[61]) Irrig ist die Ansicht von Fischer-Henle Anm. 5 zu § 22, Anm. 3 zu § 63, Gareis Anm. 4 a zu § 64, daß auf die Wirksamkeit der in der Zwischenzeit vorgenommenen Rechtsgeschäfte § 32 RFG. Anwendung finde. § 32 bezieht sich auf die Aufhebung einer Verfügung, nicht auf die Löschung einer Eintragung. Er spricht ferner nur von der Erlangung der Fähigkeit zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts (vergl. hierzu Rausnitz Anm. 4 zu § 32 RFG.), nicht von der Erlangung der Rechtsfähigkeit.

[62]) Solange die Eintragung noch nicht erfolgt ist, kann das Gericht die die Eintragung anordnende Verfügung wieder aufheben, wenn es sie nachträglich für ungerechtfertigt erachtet (RFG. § 18).

§ 19. Erlangung der Rechtsfähigkeit durch staatliche Verleihung.

Vereine mit wirthschaftlichem Geschäftsbetrieb erlangen in Ermangelung besonderer reichsgesetzlicher Vorschriften Rechtsfähigkeit durch staatliche Verleihung (§ 22 S. 1). § 22.

1. Für einen großen Theil der Vereine mit wirthschaftlichem Geschäftsbetrieb ist die Erlangung der Rechtsfähigkeit reichsgesetzlich besonders geregelt. Dies gilt insbesondere für die Handelsgesellschaften, denen Rechtsfähigkeit zukommt, nämlich die Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (HGB. §§ 178 ff., 320 ff.), die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Ges. vom 20. 4. 1892), ferner für die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften (Ges. vom 1. 5. 1889), die Innungen und Handwerkskammern (Gew.-O. §§ 81 ff., 86, 101 Abs. 3, 103 n Abs. 1, 104 g) u. s. w. [1]).

2. Bei denjenigen Vereinen mit wirthschaftlichem Geschäftsbetriebe, für welche das Landesrecht aufrecht erhalten ist, [2]) richtet sich auch die Erlangung der Rechtsfähigkeit nach Landesrecht. Hierher gehören insbesondere die bergrechtlichen Gewerkschaften (EG. Art. 67) und vorläufig auch noch die Versicherungsgesellschaften (Art. 75). [3])

3. Hiernach bleibt für die Vorschrift des § 22 nur ein geringes Anwendungsgebiet: [4]) die Vereine mit wirthschaftlichem Geschäftsbetriebe, welche nicht den besonderen Reichsgesetzen oder den vorbehaltenen Landesgesetzen unterliegen, können die Rechtsfähigkeit nur durch staatliche Verleihung erlangen. [5]) [6])

4. Wesentliche Voraussetzungen für die Erlangung der Rechtsfähigkeit durch staatliche Verleihung sind nur:

a) daß der Zweck des Vereins auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist und

b) daß die Verleihung durch den zuständigen Bundesstaat erfolgt. Zuständig ist der Bundesstaat, in dessen Gebiete der Verein seinen Sitz hat (§§ 22 S. 2, 24). [7]) Durch Verleihung seitens eines anderen Bundesstaats kann ein Verein, der im Reichsgebiete seinen Sitz hat, Rechtsfähigkeit nicht erlangen. [8])

---

[1]) Vergl. die Zusammenstellungen bei Riedel S. 64, Fischer-Henle Anm. 2 zu § 22, Neumann Anm. zu § 22.

[2]) Siehe oben S. 51 unter 3.

[3]) In Preußen ist durch Verordn. vom 27. 12. 1899 den bestehenden landespolizeilich genehmigten Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit Rechtsfähigkeit verliehen worden.

[4]) Vergl. D. S. 18.

[5]) Dies würde z. B. bei dem Vereine Kreditreform zutreffen (siehe oben S. 56 Anm. 13). Darüber, daß die Eintragung diesen Vereinen die Rechtsfähigkeit nicht verschafft, siehe oben S. 57 unter e. Hiernach kann ein Verein, in Ansehung dessen sowohl die Eintragung wie die Verleihung abgelehnt ist, Rechtsfähigkeit nicht erlangen. (Vergl. Eck, Vorträge S. 55.)

[6]) Eine landesgesetzliche Abänderung der Vorschrift des § 22 außerhalb des Gebiets der Vorbehalte ist unzulässig (siehe oben S. 3 unter II). Das Landesrecht kann beispielsweise für die Vereine des § 22 die Erlangung der Rechtsfähigkeit nicht dadurch erleichtern, daß es für sie das System der Normativbestimmungen einführt. Vergl. Prot. I S. 499—500, Endemann I § 47 Anm. 4.

[7]) Ueber Vereine, die ihren Sitz nicht in einem Bundesstaate haben (§ 23), siehe oben S. 58 unter 6.

[8]) Einem Vereine mit dem Sitze in Berlin, dem die preußische Regierung die Verleihung der Rechtsfähigkeit abgelehnt hat, kann nicht ein anderer Bundesstaat die Rechtsfähigkeit verleihen. Er muß ein bezügliches Gesuch nach § 22 S. 2 schon wegen seiner Unzuständigkeit ablehnen. Eine trotz der Unzuständigkeit erfolgte Verleihung wäre wirkungslos. Es ist jedoch zu beachten, daß der Verein seinen Sitz nach freiem Ermessen bestimmen kann, und daß er seinen Sitz nicht an dem Orte zu haben braucht, an dem die Verwaltung geführt wird (siehe oben S. 60 unter a).

Liegen diese Voraussetzungen vor, so erlangt der Verein durch die Verleihung Rechtsfähigkeit. Liegt auch nur eine dieser Voraussetzungen nicht vor, so ist der Verein trotz der Verleihung nicht rechtsfähig.

5. Welche Behörde des zuständigen Bundesstaats die Rechtsfähigkeit zu verleihen hat, bestimmt sich nach Landesrecht.[9]) Die Behörde hat zunächst zu prüfen, ob sie zuständig, ob der Zweck des Vereins auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, und ob seine Satzungen[10]) den zwingenden reichsgesetzlichen (§§ 25 ff., 40) und etwaigen landesgesetzlichen Vorschriften (Art. 82) entsprechen.[11]) Im übrigen hängt es von dem freien Ermessen der Behörde ab, ob sie die Rechtsfähigkeit verleihen und von welchen Voraussetzungen sie die Verleihung abhängig machen will.[12]) Lehnt sie die Verleihung ab, so hat es hierbei sein Bewenden, falls nicht eine vorgesetzte Behörde vorhanden ist, welche die Entscheidung im Aufsichtsweg abändern kann. Eine Anfechtung der Entscheidung im Wege des Verwaltungsstreitverfahrens oder des Rekurses, wie im Falle des § 62 Abs. 2, kennt das Gesetz nicht. — Erfolgt die Verleihung, so erlangt der Verein die Rechtsfähigkeit, und zwar auch dann, wenn etwa die von der Behörde gestellten Bedingungen nicht erfüllt sein, oder die Satzungen den reichs- oder landesgesetzlichen Vorschriften nicht entsprechen sollten, sofern nur die unter 4 erwähnten wesentlichen Voraussetzungen für die Erlangung der Rechtsfähigkeit vorliegen.

§ 20. Die Verfassung der rechtsfähigen Vereine.

In Ansehung der Verfassung rechtsfähiger Vereine ist zu unterscheiden zwischen Vereinen, welche die Rechtsfähigkeit durch staatliche Verleihung (§ 22), durch Beschluß des Bundesraths (§ 23) oder durch Eintragung erlangt haben.

---

[9]) In Preußen sind nach § 13 II, 13 ALR. alle vorhandenen und entstehenden Gesellschaften der Aufsicht des Landesherrn unterworfen. Durch Art. 1 der Verordnung vom 16. 11. 1899 ist die Verleihung der Rechtsfähigkeit an einen Verein, dessen Zweck auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, den zuständigen Ministern übertragen.

[10]) Das Vorhandensein von Satzungen ist rechtlich keine nothwendige Voraussetzung für die Verleihung (anders bei der Eintragung, § 57 Abs. 1). Thatsächlich wird einem Verein ohne Satzungen Rechtsfähigkeit regelmäßig nicht verliehen werden (vergl. M. I S. 94, Prot. I S. 584). Sind aber Satzungen vorhanden, so hat die Behörde zu prüfen, ob sie den gesetzlichen Vorschriften entsprechen.

[11]) Unklar ist die Bemerkung von Riedel S. 181, daß die Behörde zu prüfen habe, ob die Voraussetzungen des § 61 Abs. 2 vorliegen, daß sie in diesem Falle die Verleihung abzulehnen habe, und daß der Verein hiergegen ein Beschwerderecht an die vorgesetzte Dienstbehörde habe. Ist der Verein nach dem öffentlichen Vereinsrecht unerlaubt, so muß die Verleihung allerdings abgelehnt werden. Kann er nur verboten werden, so ist die Verleihung zulässig, wenn sie auch thatsächlich kaum erfolgen wird. Handelt es sich um einen politischen, sozialpolitischen oder religiösen Verein, so muß die Verleihung abgelehnt werden, weil er Rechtsfähigkeit nur durch Eintragung erlangen kann. Auch die Verleihung durch die vorgesetzte Dienstbehörde kann ihm die Rechtsfähigkeit nicht verschaffen (siehe oben S. 57 Anm. 15 a. E.).

[12]) Sie kann z. B. verlangen, daß die Satzungen einem Normalstatut entsprechen, daß der Verein sich einer staatlichen Aufsicht unterwerfe, sie kann dem Verein einen Namen, einen Sitz, einen Gerichtsstand bestimmen, gewisse Garantieen für die Gläubiger, insbesondere für den Fall der Auflösung des Vereins, fordern (siehe oben S. 56 Anm. 14 a. E.) und dergl. — Da die Voraussetzungen für die Verleihung, abgesehen von den Vorschriften des § 22, dem freien Ermessen des zuständigen Bundesstaats überlassen sind, so ist die Landesgesetzgebung auch befugt, diese Voraussetzungen gesetzlich zu bestimmen. Nach Art. 31 der Preuß. Verfass. bestimmt das Gesetz die Bedingungen, unter welchen Korporationsrechte ertheilt oder verweigert werden. Ein solches Gesetz ist bisher nicht ergangen. — Zwingenden reichs- oder landesgesetzlichen Vorschriften über die Verfassung der Vereine (§§ 25 ff., 40, Art. 82) dürfen die Verleihungs-Bedingungen nicht widersprechen.

1. Die Verfassung der Vereine, deren Rechtsfähigkeit auf staatlicher Verleihung beruht (§ 22), richtet sich in erster Reihe nach den Vorschriften der Landesgesetze (Art. 82), und zwar der Gesetze desjenigen Landes, in welchem der Verein seinen Sitz hat (§§ 22 S. 2, 24).[1]) Soweit landesrechtliche Vorschriften bestehen, finden sie ausschließlich, also auch vor den zwingenden Vorschriften des BGB. (§§ 25 ff., 40), Anwendung.[2]) Bestehen landesgesetzliche Vorschriften nicht, so bestimmt sich die Verfassung bundesstaatlich konzessionierter Vereine nach §§ 25 ff. BGB.[3]) **Art. 82.**

2. Bei Vereinen, deren Rechtsfähigkeit auf Beschluß des Bundesraths beruht (§ 23), bestimmt sich die Verfassung in erster Reihe nach den besonderen für die betreffenden Vereine erlassenen Reichsgesetzen[4]) und in Ermangelung solcher gleichfalls nach den Vorschriften der §§ 25 ff. BGB.

3. Die Verfassung eingetragener Vereine richtet sich ausschließlich nach den Bestimmungen der §§ 25 ff. BGB.

Diese Bestimmungen kommen hiernach für alle rechtsfähigen Vereine in Betracht: in Ermangelung besonderer landes- und reichsgesetzlicher Vorschriften (Nr. 1 und 2) bestimmt sich nach ihnen die Verfassung jedes rechtsfähigen Vereins, mag seine Rechtsfähigkeit auf staatlicher Verleihung, auf Beschluß des Bundesraths oder auf Eintragung beruhen.[5])

Im Einzelnen gilt nach §§ 25 ff. folgendes:

I. Die Verfassung eines rechtsfähigen Vereins wird durch die Vereinssatzung[6]) bestimmt, soweit nicht das BGB. zwingende Vorschriften über die Verfassung enthält (§§ 25, 40). Welche Vorschriften zwingenden Charakter haben, wird sich aus der folgenden Darstellung ergeben. Falls für einen Verein eine Satzung nicht besteht, bestimmt sich seine Verfassung ausschließlich nach den Vorschriften der §§ 26 ff. **§ 25.**

II. Jeder Verein muß einen Vorstand haben (§ 26 Abs. 1 S. 1). **§ 26 Abs. 1.**

1. Da der Verein willens- und handlungsunfähig ist,[7]) so bedarf er eines Vertreters, um am Verkehre theilnehmen zu können. Das Gesetz schreibt deshalb vor, daß er jeder Zeit einen Vorstand haben muß.[8]) Bei der Erlangung der Rechtsfähigkeit wird ein Zwang zur Beobachtung der Vorschrift ausgeübt,

---

[1]) Vergl. oben S. 59 Anm. 25.

[2]) Die entgegengesetzte Meinung von Eck, Vorträge S. 51—52, ist unbegründet. Warum der allgemeine Grundsatz, daß die vorbehaltenen Landesgesetze dem Reichsrechte vorgehen (siehe oben § 8 S. 32), hier nicht gelten soll, ist nicht ersichtlich. Wie hier Crome § 50 Anm. 13.

[3]) Dies ist z. B. in Preußen der Fall. Die Bestimmungen des ALR. II, 6 über die Verfassung rechtsfähiger Vereine sind für Vereine, die nach dem Inkrafttreten des BGB. Rechtsfähigkeit erlangen, aufgehoben. Preuß. AG. zum BGB. Art. 89 1c.

[4]) Siehe z. B. oben S. 58 über Kolonialgesellschaften. — Art. 82 EG. findet auf die Vereine des § 23 nicht Anwendung (a. M. Fischer-Henle Anm. 1 zu Art. 82). Unter staatlicher Verleihung (Art. 82) versteht das Gesetz nur Verleihung durch einen Bundesstaat (vergl. S. 1 des § 22 mit S. 2), nicht Verleihung durch das Reich. Es ist auch nicht anzunehmen, daß man die durch das Reich konzessionierten Vereine landesgesetzlichen Vorschriften unterstellen wollte. Vergl. Prot. I S. 505—506, VI S. 399—400.

[5]) Siehe auch oben S. 51—52.

[6]) Ueber das Zustandekommen der Satzung siehe oben S. 63 unter 1 und S. 72 Anm. 12.

[7]) Siehe oben S. 49 unter 5.

[8]) Die abweichende Meinung von Planck (Anm. 2 zu § 26), daß der Verein nicht in jedem Augenblick einen Vorstand haben müsse, daß es vielmehr genüge, wenn verfassungsmäßig die Möglichkeit bestehe, einen Vorstand zu bestellen, erscheint nicht zutreffend. Sie widerspricht dem Wortlaut und dem Zwecke des Gesetzes.

und zwar bei eingetragenen Vereinen durch die Bestimmung des § 59 Abs. 1, bei konzessionierten durch die verleihende Behörde, die zu prüfen hat, ob die gesetzlichen Vorschriften beobachtet sind. Im übrigen liegt ein wirksamer Antrieb zur Befolgung des Gesetzes darin, daß dem Verein anderenfalls die Möglichkeit fehlt, in rechtsgeschäftlichen Verkehr zu treten.[9]) Unter Umständen findet auch eine zwangsweise Bestellung von Vorstandsmitgliedern statt (§ 29).[10])

2. Die Zusammensetzung des Vorstandes wird regelmäßig durch die Satzung bestimmt werden (vergl. § 58 Nr. 3). Ist dies nicht der Fall, so hat die Mitgliederversammlung darüber zu bestimmen (§ 27 Abs. 1). Der Vorstand kann aus einer Person oder aus mehreren Personen (§ 26 Abs. 1 S. 2), er kann auch aus allen Vereinsmitgliedern oder auch aus Personen bestehen, welche nicht Vereinsmitglieder sind.[11])

§§ 27, 40. 3. Durch wen der Vorstand zu bestellen ist, bestimmt in erster Reihe die Satzung (§§ 40, 58 Nr. 3). Enthält sie keine besondere Bestimmung,[12]) so erfolgt die Bestellung des Vorstandes durch die Mitgliederversammlung (§§ 27 Abs. 1, 32).

§§ 64, 67 Abs. 1. Bei Vereinen, welche Rechtsfähigkeit durch Eintragung erlangen, sind bei der Eintragung die Mitglieder des Vorstandes im Vereinsregister anzugeben (§ 64 S. 1)[13]); die Eintragung ist zu veröffentlichen (§ 66 Abs. 1). Auch jede Aenderung des Vorstandes, sowie die erneute Bestellung eines mit dem Ablaufe seiner Amtsperiode ausscheidenden Vorstandsmitglieds ist von dem Vorstande zur Eintragung anzumelden. Der Anmeldung ist eine Abschrift der Urkunde über die Aenderung oder die erneute Bestellung beizufügen (§ 67 **§ 78 Abs. 1.** Abs. 1, vergl. § 59 Abs. 2 Nr. 2). Zu der Anmeldung einer Aenderung oder erneuten Bestellung[14]) kann das Amtsgericht die Mitglieder des Vorstandes durch Ordnungsstrafen anhalten. Die einzelne Strafe darf den Betrag von dreihundert Mark nicht übersteigen (§ 78 Abs. 1).[15])

§ 29. In dringenden Fällen kann das Amtsgericht, in dessen Bezirke der Verein seinen Sitz hat, Vorstandsmitglieder bestellen und zwar für alle Vereine, eingetragene wie konzessionierte (§ 29). Voraussetzung ist, daß ein dringender Fall vorliegt, d. h. daß seitens der Vorstandsmitglieder oder ihnen gegenüber etwas

---

[9]) M. I S. 95.

[10]) Siehe unten S. 74 unter 3.

[11]) Bisweilen kann es zweifelhaft sein, welches Vereinsorgan den Vorstand darstellt. Der Name thut nichts zur Sache (Vorstand, Vorsitzender, Direktor, Direktorium, Kuratorium oder dergl.). Das Entscheidende ist, wem die Verwaltung und die gerichtliche und außergerichtliche Vertretung übertragen sind (§ 26 Abs. 2, siehe unten S. 75 Anm. 23). Besteht z. B. neben einem „Arbeitsausschuß" oder „geschäftsführenden Ausschusse", dem die Verwaltung und Vertretung obliegt, ein „Gesammtvorstand", der in bestimmten Fällen zu beschließen hat, so ist der Arbeits- oder geschäftsführende Ausschuß der Vorstand im Sinne des § 26. Vergl. Planck Anm. 4 zu § 26.

[12]) Planck Anm. 2 zu § 27 hebt hervor, daß durch die Satzung selbst ein Vorstand bestellt, daß die Bestellung einem besonderen Vereinsorgane, z. B. einem Aufsichtsrath, oder einem Dritten, z. B. einer öffentlichen Behörde, übertragen werden kann. Auch kann dem Vorstande die Befugniß zustehen, selbst neue Mitglieder zu wählen.

[13]) Näheres über die Anmeldung und Eintragung siehe oben S. 63 ff.

[14]) Wird die Bestellung des ersten Vorstandes bei der Stellung des Antrags auf Eintragung nicht mit angemeldet, so hat dies die Zurückweisung der Anmeldung des Vereins zur Folge (§§ 60 Abs. 1, 59).

[15]) Das Verfahren bei der Verhängung von Ordnungsstrafen gegen Mitglieder des Vorstandes richtet sich nach den §§ 127, 132—139 RFG. (§ 159 RFG.). Die Anmeldungen sind von den Mitgliedern des Vorstandes auch dann zu bewirken, wenn die Bestellung des Vorstandes durch andere Vereinsorgane oder durch Dritte erfolgt (§ 77, siehe Anm. 12).

zu geschehen hat, daß aber die hierzu erforderlichen Mitglieder des Vorstandes fehlen und auch keine Aussicht besteht, daß sie noch rechtzeitig in der durch die Satzung oder das Gesetz vorgeschriebenen Weise bestellt werden.[16]) Dann hat das Amtsgericht auf Antrag eines Betheiligten, — eines Vereinsmitglieds oder eines Dritten — die erforderlichen Vorstandsmitglieder für die Zeit bis zur Hebung des Mangels zu bestellen. Die Eintragung der gerichtlich bestellten Vorstandsmitglieder hat von Amtswegen zu erfolgen (§ 67 Abs. 2).[17]) — Die gerichtliche Bestellung ist nicht nur wirksam für den dringenden Fall, der sie veranlaßt hat, vielmehr bleibt das bestellte Mitglied im Amte, bis der Mangel gehoben ist, d. h. bis ein anderes Mitglied den Vorschriften der Satzung oder des Gesetzes gemäß bestellt ist. Mit dieser Bestellung verliert die gerichtliche Bestellung ihre Wirksamkeit (vergl. jedoch § 68).[18])

§ 67 Abs. 2.

Die Bestellung jedes Vorstandsmitglieds ist jeder Zeit widerruflich, unbeschadet des Anspruchs auf die vertragsmäßige Vergütung (§ 27 Abs. 2 S. 1, vergl. HGB. § 231 Abs. 3, BGB. §§ 168, 626, 712). Der Widerruf erfolgt durch das in der Satzung damit betraute Vereinsorgan, z. B. den Aufsichtsrath, und in Ermangelung einer besonderen Bestimmung der Satzung durch die Mitgliederversammlung (§§ 32, 40).[19]) Durch die Satzung kann die Widerruflichkeit der Vorstandsbestellung ausgeschlossen werden. Sie kann jedoch nicht ausgeschlossen werden und der Ausschluß ist, wenn er trotzdem erfolgt, unwirksam für den Fall, daß ein wichtiger Grund für den Widerruf vorliegt, insbesondere grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung (§ 27 Abs. 2 S. 2).[20])

4. Der Vorstand ist der gesetzliche Vertreter des Vereins;[21]) er vertritt

§ 26 Abs. 2.

---

[16]) Ein aus drei Personen bestehender Vereinsvorstand hat beschlossen, die von ihm gemietheten Geschäftsräume zu kündigen. Die Kündigung muß vertragsmäßig spätestens am 30. September erfolgen. Am 29. September stirbt eines der Vorstandsmitglieder. Eine Neubestellung, welche durch die Mitgliederversammlung zu erfolgen hat, ist bis zum 30ten nicht möglich. Dann hat auf Antrag eines Vorstandsmitglieds oder eines Mitglieds des Vereins das Amtsgericht das dritte Vorstandsmitglied zu bestellen. Will der Vermiether dem Vereine kündigen, so liegen die Voraussetzungen des § 29 nicht vor (§ 28 Abs. 2). Fallen sämmtliche Vorstandsmitglieder fort, so muß das Amtsgericht auf Antrag des Vermiethers ein Mitglied bestellen.

[17]) Das Verfahren richtet sich nach den Vorschriften des RFG. (§ 1 daselbst). Auch § 32 RFG. findet Anwendung. Vergl. Rausnitz Anm. 5 zu § 32.

[18]) Die Anwendung des § 29 kann durch die Satzung nicht ausgeschlossen werden (§ 40).

[19]) Vergl. hierzu Prot. I S. 511. — Fraglich kann es erscheinen, ob auch die gerichtliche Bestellung (§ 29) durch das nach den §§ 32, 40 zuständige Vereinsorgan widerrufen werden kann. Die Frage dürfte zu bejahen sein. Das Gesetz beschränkt die Anwendung des § 27 Abs. 2 nicht auf den Fall des Abs. 1. Ebenso wie § 27 Abs. 2 auch im Falle der Bestellung durch ein anderes Vereinsorgan als die Mitgliederversammlung (§ 40) anzuwenden ist, ist seine Anwendung auch im Falle des § 29 nicht ausgeschlossen. Regelmäßig wird die gerichtliche Bestellung durch die alsbaldige Bestellung des fehlenden Mitglieds seitens des Vereins wieder aufgehoben werden können. Es sind aber auch Fälle denkbar, in denen ein Widerruf nach § 27 Abs. 2 im Interesse des Vereins erforderlich ist, z. B. wenn der Widerruf durch den Aufsichtsrath, die Bestellung des Vorstandes durch die Mitgliederversammlung zu erfolgen hat, so daß die letztere nicht so schnell erfolgen kann wie die erstere.

[20]) Jemand schenkt einem Verein einen größeren Betrag unter der Bedingung, daß er auf Lebenszeit unwiderruflich Mitglied des Vorstandes des Vereins werde. Wird er dem entsprechend zum Vorstandsmitgliede bestellt, so kann die Bestellung jederzeit widerrufen werden, falls die Satzung die unwiderrufliche Bestellung von Vorstandsmitgliedern nicht kennt. Hier muß die Satzung zunächst geändert werden. Aber auch dann würde die Bestellung z. B. dann widerruflich sein, wenn der Schenker sich einer Unterschlagung von Vereinsgeldern schuldig macht.

[21]) Näheres hierüber siehe oben S. 49 unter 5.

und zwar bei eingetragenen Vereinen durch die Bestimmung des § 59 Abs. 1, bei konzessionierten durch die verleihende Behörde, die zu prüfen hat, ob die gesetzlichen Vorschriften beobachtet sind. Im übrigen liegt ein wirksamer Antrieb zur Befolgung des Gesetzes darin, daß dem Verein anderenfalls die Möglichkeit fehlt, in rechtsgeschäftlichen Verkehr zu treten.[9]) Unter Umständen findet auch eine zwangsweise Bestellung von Vorstandsmitgliedern statt (§ 29).[10])

2. Die Zusammensetzung des Vorstandes wird regelmäßig durch die Satzung bestimmt werden (vergl. § 58 Nr. 3). Ist dies nicht der Fall, so hat die Mitgliederversammlung darüber zu bestimmen (§ 27 Abs. 1). Der Vorstand kann aus einer Person oder aus mehreren Personen (§ 26 Abs. 1 S. 2), er kann auch aus allen Vereinsmitgliedern oder auch aus Personen bestehen, welche nicht Vereinsmitglieder sind.[11])

§§ 27, 40. 3. Durch wen der Vorstand zu bestellen ist, bestimmt in erster Reihe die Satzung (§§ 40, 58 Nr. 3). Enthält sie keine besondere Bestimmung,[12]) so erfolgt die Bestellung des Vorstandes durch die Mitgliederversammlung (§§ 27 Abs. 1, 32).

§§ 64, 67 Abs. 1. Bei Vereinen, welche Rechtsfähigkeit durch Eintragung erlangen, sind bei der Eintragung die Mitglieder des Vorstandes im Vereinsregister anzugeben (§ 64 S. 1)[13]); die Eintragung ist zu veröffentlichen (§ 66 Abs. 1). Auch jede Aenderung des Vorstandes, sowie die erneute Bestellung eines mit dem Ablaufe seiner Amtsperiode ausscheidenden Vorstandsmitglieds ist von dem Vorstande zur Eintragung anzumelden. Der Anmeldung ist eine Abschrift der Urkunde über die Aenderung oder die erneute Bestellung beizufügen (§ 67 Abs. 1, vergl. § 59 Abs. 2 Nr. 2). Zu der Anmeldung einer Aenderung oder erneuten Bestellung[14]) kann das Amtsgericht die Mitglieder des Vorstandes durch Ordnungsstrafen anhalten. Die einzelne Strafe darf den Betrag von dreihundert Mark nicht übersteigen (§ 78 Abs. 1).[15])

§ 78 Abs. 1.

§ 29. In dringenden Fällen kann das Amtsgericht, in dessen Bezirke der Verein seinen Sitz hat, Vorstandsmitglieder bestellen und zwar für alle Vereine, eingetragene wie konzessionierte (§ 29). Voraussetzung ist, daß ein dringender Fall vorliegt, d. h. daß seitens der Vorstandsmitglieder oder ihnen gegenüber etwas

---

[9]) M. I S. 95.

[10]) Siehe unten S. 74 unter 3.

[11]) Bisweilen kann es zweifelhaft sein, welches Vereinsorgan den Vorstand darstellt. Der Name thut nichts zur Sache (Vorstand, Vorsitzender, Direktor, Direktorium, Kuratorium oder dergl.). Das Entscheidende ist, wem die Verwaltung und die gerichtliche und außergerichtliche Vertretung übertragen sind (§ 26 Abs. 2, siehe unten S. 75 Anm. 23). Besteht z. B. neben einem „Arbeitsausschuß" oder „geschäftsführenden Ausschusse", dem die Verwaltung und Vertretung obliegt, ein „Gesammtvorstand", der in bestimmten Fällen zu beschließen hat, so ist der Arbeits- oder geschäftsführende Ausschuß der Vorstand im Sinne des § 26. Vergl. Planck Anm. 4 zu § 26.

[12]) Planck Anm. 2 zu § 27 hebt hervor, daß durch die Satzung selbst ein Vorstand bestellt, daß die Bestellung einem besonderen Vereinsorgane, z. B. einem Aufsichtsrath, oder einem Dritten, z. B. einer öffentlichen Behörde, übertragen werden kann. Auch kann dem Vorstande die Befugniß zustehen, selbst neue Mitglieder zu wählen.

[13]) Näheres über die Anmeldung und Eintragung siehe oben S. 63 ff.

[14]) Wird die Bestellung des ersten Vorstandes bei der Stellung des Antrags auf Eintragung nicht mit angemeldet, so hat dies die Zurückweisung der Anmeldung des Vereins zur Folge (§§ 60 Abs. 1, 59).

[15]) Das Verfahren bei der Verhängung von Ordnungsstrafen gegen Mitglieder des Vorstandes richtet sich nach den §§ 127, 132—139 RFG. (§ 159 RFG.). Die Anmeldungen sind von den Mitgliedern des Vorstandes auch dann zu bewirken, wenn die Bestellung des Vorstandes durch andere Vereinsorgane oder durch Dritte erfolgt (§ 77, siehe Anm. 12).

zu geschehen hat, daß aber die hierzu erforderlichen Mitglieder des Vorstandes fehlen und auch keine Aussicht besteht, daß sie noch rechtzeitig in der durch die Satzung oder das Gesetz vorgeschriebenen Weise bestellt werden.[16]) Dann hat das Amtsgericht auf Antrag eines Betheiligten, — eines Vereinsmitglieds oder eines Dritten — die erforderlichen Vorstandsmitglieder für die Zeit bis zur Hebung des Mangels zu bestellen. Die Eintragung der gerichtlich bestellten Vorstandsmitglieder hat von Amtswegen zu erfolgen (§ 67 Abs. 2).[17]) — Die gerichtliche Bestellung ist nicht nur wirksam für den dringenden Fall, der sie veranlaßt hat, vielmehr bleibt das bestellte Mitglied im Amte, bis der Mangel gehoben ist, d. h. bis ein anderes Mitglied den Vorschriften der Satzung oder des Gesetzes gemäß bestellt ist. Mit dieser Bestellung verliert die gerichtliche Bestellung ihre Wirksamkeit (vergl. jedoch § 68).[18])

§ 67 Abs. 2.

Die Bestellung jedes Vorstandsmitglieds ist jeder Zeit widerruflich, unbeschadet des Anspruchs auf die vertragsmäßige Vergütung (§ 27 Abs. 2 S. 1, vergl. HGB. § 231 Abs. 3, BGB. §§ 168, 626, 712). Der Widerruf erfolgt durch das in der Satzung damit betraute Vereinsorgan, z. B. den Aufsichtsrath, und in Ermangelung einer besonderen Bestimmung der Satzung durch die Mitgliederversammlung (§§ 32, 40).[19]) Durch die Satzung kann die Widerruflichkeit der Vorstandsbestellung ausgeschlossen werden. Sie kann jedoch nicht ausgeschlossen werden und der Ausschluß ist, wenn er trotzdem erfolgt, unwirksam für den Fall, daß ein wichtiger Grund für den Widerruf vorliegt, insbesondere grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung (§ 27 Abs. 2 S. 2).[20])

4. Der Vorstand ist der gesetzliche Vertreter des Vereins;[21]) er vertritt

§ 26 Abs. 2.

---

[16]) Ein aus drei Personen bestehender Vereinsvorstand hat beschlossen, die von ihm gemietheten Geschäftsräume zu kündigen. Die Kündigung muß vertragsmäßig spätestens am 30. September erfolgen. Am 29. September stirbt eines der Vorstandsmitglieder. Eine Neubestellung, welche durch die Mitgliederversammlung zu erfolgen hat, ist bis zum 30ten nicht möglich. Dann hat auf Antrag eines Vorstandsmitglieds oder eines Mitglieds des Vereins das Amtsgericht das dritte Vorstandsmitglied zu bestellen. Will der Vermiether dem Vereine kündigen, so liegen die Voraussetzungen des § 29 nicht vor (§ 28 Abs. 2). Fallen sämmtliche Vorstandsmitglieder fort, so muß das Amtsgericht auf Antrag des Vermiethers ein Mitglied bestellen.

[17]) Das Verfahren richtet sich nach den Vorschriften des RFG. (§ 1 daselbst). Auch § 32 RFG. findet Anwendung. Vergl. Rausnitz Anm. 5 zu § 32.

[18]) Die Anwendung des § 29 kann durch die Satzung nicht ausgeschlossen werden (§ 40).

[19]) Vergl. hierzu Prot. I S. 511. — Fraglich kann es erscheinen, ob auch die gerichtliche Bestellung (§ 29) durch das nach den §§ 32, 40 zuständige Vereinsorgan widerrufen werden kann. Die Frage dürfte zu bejahen sein. Das Gesetz beschränkt die Anwendung des § 27 Abs. 2 nicht auf den Fall des Abs. 1. Ebenso wie § 27 Abs. 2 auch im Falle der Bestellung durch ein anderes Vereinsorgan als die Mitgliederversammlung (§ 40) anzuwenden ist, ist seine Anwendung auch im Falle des § 29 nicht ausgeschlossen. Regelmäßig wird die gerichtliche Bestellung durch die alsbaldige Bestellung des fehlenden Mitglieds seitens des Vereins wieder aufgehoben werden können. Es sind aber auch Fälle denkbar, in denen ein Widerruf nach § 27 Abs. 2 im Interesse des Vereins erforderlich ist, z. B. wenn der Widerruf durch den Aufsichtsrath, die Bestellung des Vorstandes durch die Mitgliederversammlung zu erfolgen hat, so daß die letztere nicht so schnell erfolgen kann wie die erstere.

[20]) Jemand schenkt einem Verein einen größeren Betrag unter der Bedingung, daß er auf Lebenszeit unwiderruflich Mitglied des Vorstandes des Vereins werde. Wird er dem entsprechend zum Vorstandsmitgliede bestellt, so kann die Bestellung jederzeit widerrufen werden, falls die Satzung die unwiderrufliche Bestellung von Vorstandsmitgliedern nicht kennt. Hier muß die Satzung zunächst geändert werden. Aber auch dann würde die Bestellung z. B. dann widerruflich sein, wenn der Schenker sich einer Unterschlagung von Vereinsgeldern schuldig macht.

[21]) Näheres hierüber siehe oben S. 49 unter 5.

ihn gerichtlich und außergerichtlich (§ 26 Abs. 2 S. 1). Soweit der Verein, wenn er willensfähig wäre, selbst handeln könnte, kann der Vorstand für ihn thätig werden.[22]) Die Vertretungsbefugniß steht, wenn der Vorstand aus mehreren Personen besteht, diesen in ihrer Gesammtheit zu. Zu jeder Handlung bedarf es der Mitwirkung sämmtlicher Mitglieder des Vorstandes. Eine Uebertragung der Vertretungsbefugniß auf einzelne Mitglieder durch die Satzung kennt das Gesetz nicht.[23]) Nur in einem Falle ordnet das Gesetz selbst eine selbständige Vertretung durch jedes einzelne Vorstandsmitglied an. Wenn dem Vereine **§ 28 Abs. 2.** gegenüber eine Willenserklärung abzugeben ist, mag der Verein zu deren Entgegennahme verpflichtet sein oder nicht, so genügt in allen Fällen die Abgabe gegenüber einem beliebigen Mitgliede des Vorstandes (§ 28 Abs. 2; vergl. C.P.O. § 171 Abs. 2, 3).[24]) Durch die Satzung kann diese Vorschrift nicht abgeändert werden.[25]) — Dagegen kann sachlich der Umfang der Vertretungs-

---

[22]) M. I S. 97.

[23]) Anders z. B. HGB. § 232 Abs. 1. § 26 Abs. 2 S. 1 BGB. enthält eine der Abänderung durch die Satzung nicht unterliegende Vorschrift (§ 40). Eine Bestimmung der Satzung, daß die Vertretung bei einem aus mehreren Personen bestehenden Vorstande nur Einzelnen zusteht, ist danach unwirksam. Die Vertretung würde trotz einer solchen Bestimmung nur durch sämmtliche Mitglieder erfolgen können. (Vergl. Rospatt in der DJZ. 1900 S. 457). Handelt es sich um die Eintragung eines Vereins, so ist die Anmeldung zurückzuweisen, weil die Satzung zwingenden Vorschriften des Gesetzes widerspricht (siehe oben S. 64 Anm. 27). Demgemäß kennt das Gesetz auch die Eintragung einer Uebertragung der Vertretungsbefugniß auf einzelne Vorstandsmitglieder nicht (§ 64). Wäre die Uebertragung zulässig, so wäre ihre Eintragung als die wichtigste unzweifelhaft vorgeschrieben (vergl. §§ 64, 67, 68, 70). — Eine gesetzliche Vertretung kann nicht willkürlich anders geordnet werden, als sie das Gesetz ordnet. Ebensowenig wie bei Führung der Vormundschaft durch mehrere Vormünder das Vormundschaftsgericht bestimmen kann, daß jeder Vormund den Mündel selbständig ohne jede Beschränkung vertreten soll (§ 1797), ebensowenig kann die Satzung eines Vereins die gesetzliche Vertretung durch einzelne Vorstandsmitglieder anstatt durch den gesammten Vorstand anordnen (a. M. Levis in der DJZ. 1900 Nr. 11 S. 249). Dies schließt natürlich nicht aus, daß der Vorstand einzelne Mitglieder zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften ermächtigt (vergl. HGB. § 232 Abs. 1 S. 2). Insoweit dies geschieht, liegt aber eine durch Rechtsgeschäft ertheilte Vollmacht, keine gesetzliche Vertretung vor. — Irrig erscheint endlich auch die Meinung, den Vorstand im Sinne des § 26 Abs. 2 bildeten, wenn bei einem aus mehreren Personen bestehenden Vorstande die Vertretung nur Einzelnen übertragen sei, eben nur diese, während die übrigen sich als ein Aufsichtsorgan darstellten (so Lehmann in der DJZ. 1900 Nr. 24 S. 527). Richtig ist zwar, daß die Bezeichnung als „Vorstand" nicht ausschließlich entscheidend ist (siehe oben S. 74 Anm. 11). Aber das Gesetz bestimmt nicht, daß diejenigen, welche den Verein gerichtlich und außergerichtlich vertreten, den Vorstand bilden, sondern umgekehrt, daß die, welche den Vorstand bilden, den Verein gerichtlich und außergerichtlich vertreten. Es ist also zunächst festzustellen, wer Vorstand des Vereins ist; diesem Vorstande steht kraft gesetzlicher, durch die Satzung nicht abänderlicher Vorschrift die Vertretung zu. Vorstand ist nach dem allgemeinen Sprachgebrauch und dem Gesetze dasjenige Organ, welches die Verwaltung (siehe oben S. 60 unter b) führt. Für das Gesetz ergiebt sich dies mit Deutlichkeit aus den Vorschriften des § 86. Bestimmt die Satzung, daß der Vorstand aus einem Vorsitzenden, einem Schriftführer und einem Rechnungsführer besteht, so bilden diese 3 Personen den Vorstand im Sinne des Gesetzes. Ihnen steht nach § 26 Abs. 2 die Vertretung zu. Eine Bestimmung der Satzung, daß der Verein durch den Vorsitzenden allein gerichtlich und außergerichtlich vertreten werde, ist unwirksam. A. M. Cosack I § 32, IV, 3a.

[24]) Wenn der aus drei Mitgliedern bestehende Vorstand einen Vertragsantrag gemacht hat, so kommt der Vertrag, mit der einem Mitgliede gegenüber erklärten Annahme zu Stande. Der Vertragsantrag an einen Verein ist wirksam, wenn er einem Vorstandsmitgliede gegenüber erklärt ist.

[25]) Die entgegengesetzte Meinung von Planck Anm. 3 zu § 26 ist gegenüber §§ 28 Abs. 2, 40 unbegründet (vergl. auch Planck Anm. 3 zu § 28). Die Vertretungsmacht des Vorstandes kann in Betreff der Entgegennahme von Erklärungen Dritter nicht beschränkt

macht durch die Satzung beschränkt werden, und zwar nicht nur mit Wirkung gegenüber dem Vereine, sondern mit Wirkung gegen Dritte (§ 26 Abs. 2 S. 2). Die Beschränkung kann beispielsweise in der Art erfolgen, daß dem Vorstande die Vornahme einzelner Rechtsgeschäfte gänzlich untersagt wird, oder daß alle oder gewisse Rechtsgeschäfte an eine Form gebunden werden oder daß die Wirksamkeit einzelner Rechtsgeschäfte von der Genehmigung eines anderen Organs abhängig gemacht wird.[26])

Ueber die Legitimation des Vorstandes enthält das Gesetz, abgesehen von der Vorschrift des § 69[27]), keine besonderen Bestimmungen. Daß diejenigen Personen, welche rechtsgeschäftliche Erklärungen abgegeben haben, zur Zeit der Abgabe der Erklärungen Vorstandsmitglieder waren, ist in jedem einzelnen Falle nachzuweisen. Einen Schutz des guten Glaubens kennt das Gesetz hier nicht. Wer mit früheren Mitgliedern des Vorstandes ein Rechtsgeschäft vorgenommen hat, kann sich nicht darauf berufen, daß ihm die anderweitige Zusammensetzung des Vorstandes unbekannt geblieben ist, und daß seine Unkenntniß auch nicht auf Fahrlässigkeit beruht. Ebensowenig schützt im Falle der Beschränkung des Umfanges der Vertretungsmacht durch die Satzung (§ 26 Abs. 2 S. 2) den Dritten sein guter Glaube, wenn der Vorstand ein unter die Beschränkung fallendes Rechtsgeschäft mit ihm vorgenommen hat. Das Geschäft ist, auch wenn der Dritte die Beschränkung ohne Fahrlässigkeit nicht kannte, für den Verein nicht wirksam (vergl. §§ 177—180). — Einige Abweichungen gelten für eingetragene Vereine in Ansehung derjenigen Thatbestände, deren Eintragung vorgeschrieben ist (§§ 64, 67). Zwar kommt dem Vereinsregister nicht öffentlicher Glaube zu wie etwa dem Grundbuch.[28]) Eine unrichtige Eintragung in das Vereinsregister gilt auch dem Gutgläubigen gegenüber niemals als richtig (vergl. § 892).[29]) Dagegen hat das Vereinsregister nach der negativen Seite einen gewissen öffentlichen Glauben: Der Dritte kann sich darauf verlassen, daß Thatsachen, deren Eintragung vorgeschrieben ist, die aber nicht eingetragen und ihm auch nicht bekannt sind, in Wirklichkeit nicht vorliegen. Wird zwischen ihm und den bisherigen Mitgliedern des Vorstandes ein Rechtsgeschäft vorgenommen, so kann ihm eine Aenderung des Vorstandes nur entgegengesetzt werden, wenn sie zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäfts im Vereinsregister eingetragen oder ihm bekannt ist (§ 68 S. 1). Nur unter den gleichen Voraussetzungen können Bestimmungen, die den Umfang der Vertretungsmacht des Vorstandes

§§ 68, 70.

werden. Die Satzung kann nicht bestimmen, daß der Vorstand nicht befugt sein soll, Erklärungen Dritter entgegenzunehmen, oder daß er nur in seiner Gesammtheit hierzu befugt sein soll. Trotz solcher Bestimmung würde die Abgabe der Erklärung gegenüber einem beliebigen Mitgliede des Vorstandes genügen.

[26]) Vergl. M. I S. 98. Die Satzungen können z. B. bestimmen, daß der Vorstand Wechselverbindlichkeiten nicht eingehen darf, daß Erklärungen nur verbindlich sein sollen, wenn sie schriftlich unter Beidrückung des Vereinssiegels abgegeben werden, daß zum Erwerb oder zur Veräußerung von Grundstücken die Zustimmung des Aufsichtsraths oder der Mitgliederversammlung erforderlich ist. — Für das Kontrahieren des Vorstandes im Namen des Vereins mit sich selbst gilt § 181. Vergl. Prot. I S. 519—520.

[27]) Siehe oben S. 69 unter c.

[28]) Vergl. hierzu Planck Anm. 1 zu § 68, Rambohr, das Rechtsprinzip zum Schutze mangelhafter menschlicher Erkenntnißfähigkeit im BGB., bei Gruchot Bd. 44 S. 809 ff.

[29]) Bei der ersten Eintragung des Vereins ist A., später ist B. als Vorstand eingetragen (§§ 64, 67). C., der mit dem Verein ein Geschäft abschließen will, überzeugt sich durch Einsicht des Vereinsregisters, daß B. als Vorstand eingetragen ist und schließt mit diesem ab. War die Bestellung des B. aus irgend einem Grunde unwirksam, so braucht der Verein trotz der Eintragung des B. das Geschäft nicht gegen sich gelten zu lassen. Die Ansicht von Endemann I § 46 III, daß der Registerinhalt für den Dritten vollen Glauben begründet, ist unrichtig.

beschränken (§ 26 Abs. 2 S. 2) oder die Beschlußfassung des Vorstandes abweichend von der Vorschrift des § 28 Abs. 1 regeln[30]) (vergl. § 64 S. 2), dem Dritten entgegengesetzt werden. Andererseits stehen diese Thatsachen — die Aenderung des Vorstandes, die Beschränkung der Vertretungsmacht und die Aenderung der gesetzlichen Vorschrift über die Beschlußfassung des Vorstandes —, auch wenn sie eingetragen sind, dem Dritten nicht unbedingt entgegen. Er braucht sie trotz der Eintragung nicht gegen sich gelten zu lassen, wenn er sie nicht kennt, seine Unkenntniß auch nicht auf Fahrlässigkeit beruht (§§ 68 S. 2, 70; vergl. HGB. § 15.)[31])[32])

§ 27 Abs. 3. 5. Für die Geschäftsführung des Vorstandes sind in erster Reihe etwaige Bestimmungen der Satzung maßgebend (§§ 40, 27 Abs. 3). Soweit solche nicht vorhanden sind, finden die für den Auftrag geltenden Vorschriften der §§ 664 bis 670 entsprechende Anwendung (§ 27 Abs. 3).[33]) Die Vorstandsmitglieder haften dem Vereine für ihre Geschäftsführung nach Maßgabe des § 276.[34]) Eine gesammtschuldnerische Haftung mehrerer Vorstandsmitglieder tritt regelmäßig nicht ein (vergl. § 420).[35]) — Die Art der Beschlußfassung des aus mehreren Personen bestehenden Vorstandes richtet sich zunächst nach den bezüglichen Bestimmungen der Satzung (§§ 40, 28 Abs. 1). Enthält diese keine besonderen Vorschriften, so kommen etwaige Bestimmungen der Satzung über die Beschlußfassung in der Mitgliederversammlung auch auf die Beschlußfassung des Vorstandes zur Anwendung (§§ 28 Abs. 1, 32 Abs. 1).[36]) Sind auch solche

§ 28 Abs. 1.

---

[30]) Siehe im Texte unter 5.

[31]) Waren die fraglichen Thatsachen nicht eingetragen, so braucht sie der Dritte nur gegen sich gelten lassen, wenn er sie positiv kannte; ein Kennenmüssen steht dem nicht gleich. Waren die Thatsachen eingetragen, so tritt der Ausschluß ihrer Geltung nicht schon bei bloßer Unkenntniß ein; diese muß vielmehr eine unverschuldete sein. A., der sein Grundstück an einen eingetragenen Verein verkaufen will, stellt am 28. 12. durch Einsicht des Vereinsregisters fest, daß Beschränkungen der Vertretungsmacht des Vorstandes nicht eingetragen sind. Daraufhin schließt er am 29. 12. Nachmittags mit den Vorstandsmitgliedern den notariellen Kaufvertrag ab, nach dem am Vormittage dieses Tages in das Vereinsregister die Bestimmung eingetragen war, daß der Vorstand Grundstücke nur mit Zustimmung der Mitgliederversammlung erwerben dürfe. Dann ist, auch wenn eine solche Zustimmung nicht erfolgt ist, der Vertrag wirksam. A. hat die im Verkehr erforderliche Sorgfalt durch Einsicht des Registers am 28. angewendet. Seine Unkenntniß der Beschränkung beruht nicht auf Fahrlässigkeit; er braucht die Beschränkung daher nicht gegen sich gelten zu lassen.

[32]) Nach den obigen Ausführungen könnte es scheinen, als ob der Verkehr mit rechtsfähigen Vereinen besondere Gefahren in sich schließe. Insbesondere wird der Dritte selten mit einer jeden Zweifel ausschließenden Bestimmtheit feststellen können, ob die Bestellung der Personen, die sich als Vorstandsmitglieder ausweisen, auch in Wahrheit wirksam erfolgt ist. Die Gefahren sind aber hier nicht größer als im Verkehre mit natürlichen Personen. Auch eine natürliche Person kann sich fälschlich für einen Anderen ausgeben, sie kann in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sein, ohne daß es dem Dritten bekannt ist und dergl. — In Ansehung der Beschränkung der Vertretungsmacht ist zu beachten, daß sie nur durch die Satzung erfolgen kann (§ 26 Abs. 2 S. 2). Man wird sich also durch Einsicht der Satzung und bei konzessionierten Vereinen durch Anfrage bei der zuständigen Behörde (§§ 22, 33 Abs. 2), bei eingetragenen Vereinen durch Einsicht des Registers (§ 71) regelmäßig genügend unterrichten können.

[33]) § 662 ist nicht für anwendbar erklärt; die Vorstandsmitglieder können für ihre Thätigkeit ein Entgelt beziehen.

[34]) Die Haftung besteht nur dem Vereine, nicht den einzelnen Mitgliedern gegenüber. Den Gläubigern des Vereins haftet nur dieser, nicht der Vorstand. Ausnahmsweise haften auch die Vorstandsmitglieder als Gesammtschuldner im Falle des § 42 Abs. 2.

[35]) M. I S. 96.

[36]) Nach dem Wortlaute des § 28 Abs. 1 könnte es den Anschein haben, als sollten in Ermangelung ausdrücklicher Bestimmungen der Satzung über die Beschlußfassung des Vorstandes ohne weiteres die Vorschriften der §§ 32, 34 zur Anwendung kommen. Dies erscheint aber nicht zutreffend. § 28 Abs. 1 spricht den Grundsatz aus, daß im Zweifel die

Vorschriften nicht vorhanden, so erfolgt die Beschlußfassung des Vorstandes nach den für die Beschlüsse der Mitglieder geltenden Vorschriften der §§ 32, 34, d. h. in einer unter Bezeichnung des Gegenstandes der Beschlußfassung zu berufenden Versammlung des Vorstandes, in der die Mehrheit der erschienenen Mitglieder[37]) entscheidet (§ 32 Abs. 1, vergl. § 34). Wenn alle Mitglieder ihre Zustimmung schriftlich ertheilen, bedarf es einer Versammlung des Vorstandes nicht (§ 32 Abs. 2).

Die Wirksamkeit der vom Vorstande vorgenommenen Geschäfte ist davon abhängig, daß die statutarischen oder gesetzlichen Vorschriften über die Beschlußfassung des Vorstandes beobachtet sind. Jeder Dritte muß sich vergewissern, welche Vorschriften Anwendung finden und ob ihnen genügt ist. Er kann sich nicht darauf berufen, daß er die Nichtbeobachtung der Vorschriften nicht kannte und kennen konnte.[38]) Einige Abweichungen gelten auch hier für eingetragene Vereine. Bestimmungen, welche die Beschlußfassung des Vorstandes abweichend von der Vorschrift des § 28 Abs. 1 regeln, sind bei der Eintragung des Vereins in das Register mit einzutragen (§ 64 S. 2). Ein Dritter braucht solche Bestimmungen nur nach Maßgabe des § 68 gegen sich gelten zu lassen (§ 70).[39])

Gewisse Verpflichtungen sind dem Vorstande durch das Gesetz auferlegt (vergl. §§ 42 Abs. 2, 48 Abs. 1 S. 1). Insbesondere hat der Vorstand eines eingetragenen Vereins die gesetzlich vorgeschriebenen Anmeldungen zum Vereinsregister zu bewirken (vergl. §§ 67 Abs. 1, 71 Abs. 1, 74 Abs. 2, 76 Abs. 2) und dem Amtsgericht auf dessen Verlangen jederzeit ein Verzeichniß der Vereinsmitglieder einzureichen (§ 72).[40]) Zur Befolgung dieser Vorschriften kann das Amtsgericht die Mitglieder des Vorstandes durch Ordnungsstrafen anhalten (§ 78).[41]) **§ 72.**

6. Inwieweit sich der Vorstand bei der Geschäftsführung anderer Personen bedienen darf, bestimmt sich nach § 664 (§ 27 Abs. 3).[42]). Auch die Mitgliederversammlung kann die Anstellung von Gehülfen des Vorstandes in der Geschäftsführung beschließen, nicht aber die Bestellung von Bevollmächtigten für den Verein, da dessen Vertretung ausschließlich dem Vorstande zusteht.[43]) Die Be-

---

Vorschriften über die Beschlußfassung der Mitgliederversammlung auch für die des Vorstandes gelten sollen (vergl. § 126 II, 6 ALR., Prot. I S. 514). Danach müssen bezügliche Vorschriften der Satzung, welche von denen des § 32 abweichen, auch für den Vorstand gelten.

[37]) Anders E. I § 44 Abs. 5, nach dem die Zustimmung aller Mitglieder erforderlich sein sollte. Vergl. M. I S. 99, Prot. I S. 513—514, VI S. 114—115.

[38]) Vergl. Prot. VI S. 114, 115.

[39]) Siehe oben unter 4 S. 77. — Durch die Satzung ist für jede Beschlußfassung Zustimmung aller Vorstandsmitglieder für erforderlich erklärt. Der Vorsitzende hat allgemeine Vollmacht zur Erklärung von Auflassungen. Er nimmt eine Auflassung vor, welche in einer ordnungsmäßig berufenen Versammlung des Vorstandes, in der ein Mitglied fehlte, von den Erschienenen einstimmig beschlossen war. Dann ist die Auflassung unwirksam. Der Vorsitzende haftet nach § 179.

[40]) Vergl. hierzu die Vorschriften des § 37 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 1, § 73 Abs. 1.

[41]) Siehe oben S. 74 Anm. 15.

[42]) Bei einer umfangreicheren Verwaltung wird regelmäßig anzunehmen sein, daß der Vorstand Gehülfen anstellen und in einzelnen Fällen Bevollmächtigte bestellen darf. Die Mitglieder des Vorstandes haften dann nach § 664 Abs. 1 S. 2 und 3.

[43]) Durch die Mitgliederversammlung kann z. B. die Anstellung eines Portiers, eines Hausdieners, eines Buchhalters, nicht aber eines Geschäftsleiters, eines Verkäufers beschlossen werden. Es ist Sache des Vorstandes, für seine Vertretung zu sorgen, falls er zur Führung der Geschäfte allein nicht im Stande ist.

stellung eines besonderen Bevollmächtigten durch die Mitgliederversammlung wäre unwirksam.[44]) Doch kann durch die Satzung bestimmt werden, daß neben dem

§ 30. Vorstande für gewisse Geschäfte besondere Vertreter zu bestellen sind (§ 30 S. 1). Der Umfang der Vertretungsmacht eines solchen Vertreters wird durch die Satzung bestimmt; im Zweifel erstreckt sie sich auf alle Rechtsgeschäfte, die der dem Vertreter zugewiesene Geschäftskreis gewöhnlich mit sich bringt (§ 30 S. 2, vergl. HGB. §§ 49 Abs. 1, 54 Abs. 1). — Der in Gemäßheit des § 30 auf Grund der Satzung bestellte besondere Vertreter unterscheidet sich von dem seitens des Vorstandes bestellten Bevollmächtigten dadurch, daß die Vertretungsmacht des Letzteren durch Rechtsgeschäft ertheilt ist, während der Vertreter des § 30 innerhalb des ihm zugewiesenen Geschäftskreises als gesetzlicher Vertreter gilt. Für diesen haftet der Verein nach §§ 278, 31, für den durch den Vorstand Bevollmächtigten nach §§ 278, 831.

7. Willenserklärungen, die der gesetzliche Vertreter eines Vereins innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht (§§ 26 Abs. 2, 30) im Namen des Vereins abgiebt, wirken unmittelbar für und gegen den Verein (§ 164 Abs. 1, vergl. auch Abs. 3).[45]) Ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters bei Erfüllung einer Verbindlichkeit hat der Verein in gleichem Umfange zu vertreten,

§ 31. wie eigenes Verschulden (§ 278). Er ist aber auch für den Schaden verantwortlich, den der Vorstand, ein Mitglied des Vorstandes oder ein anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadensersatze verpflichtende Handlung einem Dritten zufügt (§ 31, vergl. §§ 86, 89 Abs. 1). Hierzu ist zu bemerken:[46])

a) Die Vorschrift des § 31 gilt für alle juristische Personen, für Vereine (§ 31), Stiftungen (§ 86) und juristische Personen des öffentlichen Rechtes (§ 89 Abs. 1), mag ihre Verfassung auf dem BGB., auf besonderen Reichs- oder Landesgesetzen beruhen.[47])

b) Der § 31 ordnet die Haftung der juristischen Person für die Handlungen ihrer gesetzlichen Vertreter, des Vorstandes, der Mitglieder des Vorstandes (§§ 26, 27, 29), der satzungsgemäß bestellten besonderen Vertreter (§ 30), der Liquidatoren (§ 48). Dagegen erstreckt sich die Vorschrift nicht auf die Haftung für die Handlungen anderer von der juristischen Person zu einer Verrichtung bestellten Personen, z. B. der Bevollmächtigten und Gehülfen.[48]) Die juristischen

---

[44]) So zutreffend Planck Anm. 1 zu § 30.

[45]) Für die rechtlichen Folgen von Willensmängeln oder der Kenntniß oder des Kennenmüssens gewisser Umstände kommt nur die Person des Vertreters in Betracht (§ 166 Abs. 1).

[46]) Aus der bisherigen Rechtsprechung sind zu vergleichen: ROHG. Bd. 8 S. 202 ff., Bd. 12 S. 78, Bd. 21 S. 284, Bd. 25 S. 346; RG. Bd. 8 S. 236, Bd. 15 S. 121 ff., 130 ff., Bd. 17 S. 93, 105, Bd. 19 S. 101, 348, Bd. 22 S. 259, Bd. 28 S. 335, Bd. 29 S. 142, 233, Bd. 31 S. 246, Bd. 33 S. 204, Bd. 34 S. 294, Bd. 43 S. 406, Bd. 45 S. 168. Aus der Literatur des BGB.: Rhomberg, Körperschaftliches Verschulden (München 1899), Korn, die Deliktsfähigkeit der juristischen Personen nach dem BGB. in der Festgabe für Wilke (Berlin 1900) S. 179 ff., Cosack I § 33, Rehbein Anm. Ia zu §§ 21 ff., Leonhard § 39 III, Hölder Anm. zu § 31, Eck, Vorträge S. 58 ff.

[47]) Hölder Anm. 1 zu § 31. Vergl. Pinner in der Zeitschr. f. Hlsr. Bd. 50 S. 11. — § 31 enthält keine Bestimmung, welche die Verfassung der juristischen Person betrifft. Art. 82 EG. findet daher auf die Haftung nicht Anwendung. Wie auch die Vertretung des Vereins geregelt sein mag, die juristische Person haftet für die Vertreter stets nach § 31.

[48]) Siehe oben S. 79 unter 6.

Personen haften für die zum Schadensersatze verpflichtenden Handlungen ihrer gesetzlichen Vertreter wie die natürlichen Personen für ihre eigenen Handlungen;[49]) sie haften für die Handlungen anderer zu einer Verrichtung bestellten Personen ebenso, wie die natürlichen Personen für die von ihnen zu einer Verrichtung bestellten Personen haften, nämlich nach § 831.[50])

c) Die Schadensersatzpflicht aus § 31 erstreckt sich nicht nur auf unerlaubte Handlungen (§§ 823 ff.), sondern auf alle zum Schadensersatze verpflichtenden Handlungen[51]) der Vertreter, mögen sie auf einem Verschulden beruhen oder nicht[52]) und mag der Schaden bei einem rechtsgeschäftlichen Handeln oder bei einer thatsächlichen Verrichtung[53]) entstanden sein. Erforderlich ist nur, daß die Handlung des Vertreters in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangen ist (§§ 26 Abs. 2, 30, 48 Abs. 2). Liegt sie außerhalb des Geschäftskreises des Vertreters[54]) oder ist sie nicht in Ausführung der dem Vertreter zustehenden Verrichtungen, etwa nur bei Gelegenheit derselben, begangen,[55]) so tritt eine Haftung der juristischen Person aus § 31 nicht ein. § 32.

d) Die Vorschrift des § 31 kann durch die Satzung nicht abgeändert werden (§ 40).

III. Ob und in welcher Weise die Mitglieder des Vereins in einer Mitgliederversammlung an der Ordnung der Vereinsangelegenheiten theilnehmen,

---

[49]) Darüber, daß hieraus nicht eine Deliktsfähigkeit der juristischen Person zu folgern ist, siehe oben S. 49—50, insbesondere Anm. 17, Korn in der Festgabe für Wilke (Berlin 1900) S. 182 ff.

[50]) Die juristischen Personen sollen weder günstiger noch ungünstiger gestellt sein als die natürlichen Personen. M. I S. 104, Prot. I S. 523, RG. in der JW. 1900 S. 807 No. 9. Wenn A. dem B. fahrlässiger Weise die unrichtige Auskunft ertheilt, daß C. zahlungsunfähig sei, so haftet er dem C. auf Schadensersatz (§ 842). Ebenso haftet der Verein X., wenn sein Vorstand als solcher die unrichtige Auskunft ertheilt hat. — Wenn der bei dem Fuhrherrn D. angestellte Kutscher E. den F. fahrlässiger Weise überfährt, so haftet D. für den entstehenden Schaden nach § 831. Er haftet nicht, wenn er nachweist, daß er bei der Anstellung des E. die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat (§ 831 Abs. 1 S. 2). In gleicher Weise gestaltet sich die Haftung des Vereins Y., wenn ein bei ihm angestellter Kutscher den F. überfahren hat. — Zutreffend sagt Kl. in der JW. 1900 S. 886: es kann „keinen ernsthaften Unterschied machen, ob die Vortheile der Theilnahme am Rechtsverkehre durch die Vertretung überhaupt erst ermöglicht, oder ob sie für die natürliche wie für die juristische Person mittelst einer beliebigen Zahl von „bestellten" Personen verzehn- oder hundertfacht werden, und es ist ein klaffender Widerspruch zwischen den §§ 31 und 831 BGB., daß in letzterem der Zopf der culpa in eligendo „hinten hängen" geblieben ist."

[51]) Unter Handlungen im Sinne des § 31 sind auch Unterlassungen zu verstehen. Wenn der Vorstand eines Vereins, der ein Grundstück besitzt, es unterläßt, für die polizeilich vorgeschriebene Entfernung des Schnees vom Bürgersteig und für dessen Bestreuen mit Sand Sorge zu tragen, so haftet der Verein, wenn Jemand auf dem Bürgersteig ausgleitet und ein Bein bricht.

[52]) Die juristische Person haftet z. B. für die Handlungen ihrer Vertreter auch in den Fällen der §§ 122, 231, 867 S. 2, 904. § 833 kann hier nicht herangezogen werden. Im Falle des § 833 muß es die juristische Person selbst sein, die das Thier hält. Ob ein gesetzlicher Vertreter oder ein anderer Bevollmächtigter das Thier für die juristische Person angeschafft hat, ist gleichgültig.

[53]) Vergl. z. B. § 122 (rechtsgeschäftliches Handeln) und den Fall der Anm. 51 (thatsächliche Verrichtung).

[54]) Ein Verein von Fuhrwerksunternehmern bestellt satzungsgemäß einen Inspektor, der das Fahrpersonal anzustellen und zu beaufsichtigen hat. Wenn der Inspektor einmal selbst einen Wagen fährt und dabei eine Sache beschädigt oder eine Person verletzt, so haftet der Verein nicht für den Schaden. Auch eine Haftung aus § 831 wäre in diesem Falle nicht begründet.

[55]) Wenn das Mitglied des Vorstandes eines Wohlthätigkeitsvereins, dem die Einkassierung der Beiträge obliegt, bei der Einziehung eine nach § 825 zum Schadensersatze verpflichtende Handlung begeht, so haftet der Verein nicht.

bestimmt in erster Reihe die Satzung (§§ 40, 32). Sie kann von einer Mitgliederversammlung völlig absehen und die Ordnung aller Vereinsangelegenheiten einem anderen Organe, z. B. dem Vorstand ausschließlich oder diesem in Gemeinschaft mit einem Aufsichtsrath, übertragen. Dies wird jedoch nur in Ausnahmefällen geschehen. Regelmäßig bildet die Mitglieder-(General-)Versammlung einen wesentlichen Bestandtheil der Verfassung. Sie ist das Vertretungsorgan in den inneren Angelegenheiten des Vereins[56]). Besteht sie als verfassungsmäßige Einrichtung, so kann ihre nähere Ausgestaltung durch die Satzung erfolgen (§§ 40, 32, 33), jedoch vorbehaltlich der zwingenden Vorschriften der §§ 34—37 (vergl. § 40)[57]). Soweit die Satzung keine besonderen Bestimmungen enthält, gilt für die Mitgliederversammlung folgendes:

1. Alle Angelegenheiten des Vereins, welche nicht nach dem Gesetz oder der Satzung von dem Vorstand oder einem anderen Vereinsorgane zu besorgen sind, werden durch Beschlußfassung in einer Versammlung der Mitglieder geordnet (§ 32 Abs. 1 S. 1)[58]). Mit dieser Einschränkung ist also die Mitgliederversammlung für alle Vereinsangelegenheiten zuständig.

2. Die Satzung wird regelmäßig bestimmen, wann die Mitgliederversammlung zu berufen ist. Bei eingetragenen Vereinen schreibt das Gesetz ausdrücklich vor, daß die Satzung Bestimmungen über die Voraussetzungen enthalten soll, unter denen die Mitgliederversammlung zu berufen ist (§ 58 Nr. 4), und daß in Ermangelung solcher Bestimmungen die Anmeldung zurückzuweisen ist (§ 60 Abs. 1). Außer in den durch die Satzung bestimmten Fällen ist aber die Mitgliederversammlung stets zu berufen, wenn es das Interesse des Vereins erfordert (§ 36) und ferner, wenn der durch die Satzung bestimmte Theil, oder in Ermangelung einer Bestimmung der zehnte Theil der Mitglieder die Berufung schriftlich unter Angabe des Zweckes und der Gründe verlangt (§ 37 Abs. 1, vergl. HGB. §§ 253 Abs. 2, 254 Abs. 1 und 2)[59]).

§§ 36, 37 Abs. 1.

3. Darüber, wer die Mitgliederversammlung zu berufen hat, in welcher Form sie zu berufen ist, und wer sie zu leiten hat, enthält das Gesetz keine Vorschriften[60]). Enthält auch die Satzung keine besonderen Bestimmungen hier-

---

[56]) M. I S. 106.

[57]) Ueber §§ 34—37 siehe im Texte unter 2—4. Die Satzung kann also die Mitgliederversammlung gänzlich beseitigen, sie kann aber, wenn sie die Mitgliederversammlung beibehält, die Anwendung der §§ 34—37 nicht ausschließen. Fischer-Henle Anm. 6 zu § 32. Rehbein (Anm. II, 4, e S. 47) behauptet trotz der ausdrücklichen Vorschrift des § 40, daß die §§ 32, 33 durch die Satzung nicht geändert werden können und daß daher eine Mitgliederversammlung bestehen müsse. Vergl. Cosack I § 32, IV, 3a.

[58]) Zu beachten ist, daß eine Thätigkeit nach Außen außerhalb des Machtbereichs der Mitgliederversammlung liegt (M. I S. 106). Die Vertretung nach außen liegt ausschließlich dem Vorstand ob. Die entgegengesetzte Meinung von Cosack I § 32 IV, 1, c widerspricht dem § 26 Abs. 2. Wenn die Satzung keine Bestimmung über die Anstellung von Dienstpersonal enthält, so erfolgt z. B. die Entscheidung darüber, ob ein Pförtner angestellt werden soll, durch die Mitgliederversammlung, die Anstellung selbst durch den Vorstand.

[59]) Durch die Satzung kann dies nicht geändert werden (§§ 40, 36, 37). Wenn der zur Berufung Verpflichtete die Mitgliederversammlung unter den Voraussetzungen der §§ 36, 37 Abs. 1 nicht beruft, so haftet er dem Vereine nach § 276 für den ihm aus der Nichtberufung entstehenden Schaden. Im Falle des § 37 Abs. 1 findet eine Prüfung nicht statt, ob die Berufung durch das Vereinsinteresse geboten sei. Die Berufung muß erfolgen, wenn die formellen Voraussetzungen vorliegen, d. h. wenn sie von der erforderlichen Anzahl von Mitgliedern schriftlich unter Angabe des Zweckes und der Gründe verlangt wird.

[60]) Aus § 32 Abs. 1 S. 2 ergiebt sich, daß bei der Berufung die Gegenstände der Beschlußfassung zu bezeichnen sind.

über[61]) — vergl. für eingetragene Vereine § 58 Nr. 4 —, so ist die Mitgliederversammlung durch den Vorstand zu berufen und zu leiten[62]); jedes Mitglied ist zu der Versammlung einzuladen[63]). — Wenn in dem unter Nr. 2 dargestellten Falle des § 37 Abs. 1 dem Verlangen nach Einberufung der Mitgliederversammlung seitens des hierzu Verpflichteten nicht entsprochen wird, so können die Mitglieder, welche das Verlangen gestellt haben, bei dem Amtsgericht, in dessen Bezirke der Verein seinen Sitz hat, beantragen, sie zur Berufung der Versammlung zu ermächtigen. Das Amtsgericht kann[64]) die Ermächtigung ertheilen und gleichzeitig über die Führung des Vorsitzes in der Versammlung Bestimmung treffen (§ 37 Abs. 2 S. 1, vergl. HGB. § 254 Abs. 3, 4). Bei der Berufung der Versammlung müssen die Mitglieder, denen die Ermächtigung ertheilt ist, auf diese Bezug nehmen (§ 37 Abs. 2 S. 2). Anderenfalls sind die in der Versammlung gefaßten Beschlüsse nichtig. **§ 37 Abs. 2.**

4. In der Mitgliederversammlung erfolgt, soweit nicht die Satzung ein Anderes bestimmt, die Ordnung der Vereinsangelegenheiten durch Beschlußfassung (§§ 32 Abs. 1 S. 1, 40). Voraussetzung für die Gültigkeit des Beschlusses ist, daß der Gegenstand der Beschlußfassung bei der Berufung bezeichnet worden ist (§ 32 Abs. 2 S. 2)[65]). Jedes Mitglied hat eine Stimme[66]). Bei der Beschlußfassung entscheidet die Mehrheit der erschienenen und stimmberechtigten[67]) Mitglieder (§ 32 Abs. 1 Satz 3), so daß ein Antrag bei Stimmengleichheit abgelehnt ist. Eine Vertretung bei Ausübung des Stimmrechts ist in Ermangelung einer besonderen Bestimmung der Satzung nicht zulässig (§§ 38 S. 2, 40). Nicht stimmberechtigt ist ein Mitglied, wenn die Beschlußfassung die Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit ihm oder die Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreits zwischen ihm und dem Vereine betrifft (§ 34, vergl. HGB. § 252 Abs. 3). Eine Beurkundung der Beschlüsse der Mitgliederversammlung schreibt das Gesetz nicht vor. Bei eingetragenen Vereinen soll die Satzung bezügliche Bestimmungen enthalten (§ 58 Nr. 4). **§ 32.** **§ 34.**

In einem Falle kann ein Beschluß auch ohne Mitgliederversammlung gültig

---

[61]) Häufig wird die Berufung der Versammlung dem Aufsichtsrathe, die Leitung dem Vorsitzenden des Aufsichtsraths übertragen.

[62]) Dies folgt daraus, daß der Vorstand dasjenige Vereinsorgan ist, welches die Verwaltung führt. Siehe oben S. 76 Anm. 23 a. E. Vergl. auch HGB. § 253 Abs. 1.

[63]) Vergl. hierzu ALR. II, 6 §§ 52 ff.

[64]) Ueber die Bedeutung dieses „kann" siehe oben S. 38 Anm. 3. Das Amtsgericht muß die Ermächtigung ertheilen, wenn die Voraussetzungen des Abs. 1 des § 37 vorliegen. Eine Prüfung, ob die Berufung im Interesse des Vereins liegt, findet auch seitens des Amtsgerichts nicht statt. Vergl. Anm. 59 und Prot. I S. 533—534. — Vor der Verfügung, durch welche über das Verlangen entschieden wird, soll das Gericht, soweit thunlich, den Vorstand des Vereins hören. Gegen die Verfügung findet die sofortige Beschwerde statt. RFG. §§ 160, 20 ff., 22 ff. Vergl. Rausnitz Anm. 5 zu § 160 RFG.

[65]) Wenn alle Vereinsmitglieder in der Versammlung erschienen sind und ihre Zustimmung zu dem Beschlusse schriftlich erklären, so ist er auch dann gültig, wenn der Gegenstand bei der Berufung nicht bezeichnet war. Dies ist aus § 32 Abs. 2 zu folgern.

[66]) Dies ergiebt sich aus der Vorschrift des § 32 Abs. 1 S. 3. Vergl. Prot. I S. 526 unter C.

[67]) So zutreffend Fischer-Henle Anm. 5 zu § 32, vergl. KB. S. 17 unter XI. Die bei der betreffenden Abstimmung nicht stimmberechtigten Mitglieder, sowie die, welche sich der Abstimmung enthalten, gelten als nicht erschienen; sie werden nicht mitgezählt. — Eine schriftliche Stimmabgabe seitens nicht erschienener Mitglieder ist, wenn dies die Satzung nicht ausdrücklich zuläßt, nach § 32 Abs. 1 S. 3 regelmäßig nicht zulässig (vergl. aber § 33 Abs. 1 S. 2). Daß eine bestimmte Anzahl von Mitgliedern in der Versammlung erschienen ist, ist nicht erforderlich. Es genügt, daß ein Mitglied erscheint (Cosack I § 31 IV, 1 b).

gefaßt werden, wenn nämlich alle Mitglieder ihre Zustimmung zu dem Beschluß erklären, und zwar schriftlich (§ 32 Abs. 2).

§ 35. Weitere Erfordernisse stellt das Gesetz für das regelmäßige Zustandekommen von Beschlüssen der Mitgliederversammlung nicht auf. Nur bedarf ein Beschluß, durch den das Sonderrecht eines Mitglieds beeinträchtigt wird, dessen Zustimmung (§ 35). Fehlt diese Zustimmung, so ist der Beschluß in Ansehung des Sonderrechts unwirksam[68]).

§§ 33, 71. 5. Besondere Vorschriften enthält das Gesetz über Beschlüsse, welche eine Aenderung der Satzung enthalten. Zu solchen Beschlüssen ist eine Mehrheit von drei Viertheilen der erschienenen Mitglieder, und wenn sie eine Aenderung des Zweckes des Vereins enthalten, die Zustimmung aller Mitglieder erforderlich. In letzterem Falle bedarf es nicht des Erscheinens aller Mitglieder in der Versammlung. Die nicht erschienenen können dem Beschlusse vor oder nach der Beschlußfassung zustimmen, doch muß die Zustimmung schriftlich erfolgen (§ 33 Abs. 1)[69]). Zur Wirksamkeit jeder Aenderung der Satzung ist bei einem konzessionierten Vereine staatliche Genehmigung beziehungsweise Genehmigung des Bundesraths (§§ 22, 23)[70]), bei eingetragenen Vereinen Eintragung der Aenderung in das Vereinsregister erforderlich (§§ 33 Abs. 2, 71 Abs. 1). Die Aenderung ist von dem Vorstand, unter Beifügung des die Aenderung enthaltenden Beschlusses in Urschrift und Abschrift, zur Eintragung anzumelden (§§ 71 Abs. 1, 78 Abs. 1)[71]) [72]).

---

[68]) Ueber den Begriff des Sonderrechts vergl. M. I S. 109, Prot. I S. 529—530, ALR. II 6 §§ 68, 69, 89, 90, RG. Bd. 11 S. 269, 271, Bd. 33 S. 175 ff., Bd. 34 S. 58, Bd. 37 S. 64, Planck Anm. zu § 35, Hölder zu § 35, Eck S. 62, Staub Anm. 8 zu § 250 HGB., Pinner Anm. III 2 zu § 250 HGB. Welche Rechte Sonderrechte sind, d. h. Rechte, die dem Mitglied ohne seine Zustimmung nicht entzogen werden können (vergl. die zutreffenden Ausführungen von Staub a. a. O.), ist im einzelnen Falle durch Auslegung des Beschlusses festzustellen, der dem Mitgliede die Sonderstellung einräumte. Demgemäß ist auch die Bemerkung von Fischer-Henle (Anm. 2 zu § 35) richtig zu stellen, die Vorschrift des § 35 sei nicht zwingend. Ist bei Einräumung der Sonderstellung deren Beeinträchtigung ohne Zustimmung des Mitglieds vorbehalten, wie es möglich und zulässig ist, so liegt ein Sonderrecht im Sinne des § 35 nicht vor. Ist aber das Recht ein wahres Sonderrecht im Sinne des § 35, so kann die Satzung nicht bestimmen, daß es ohne Zustimmung des Mitglieds durch Beschluß der Mitgliederversammlung beeinträchtigt werden kann (§ 40). Vergl. Planck Anm. zu § 35 a. E.

[69]) Die Beschlußfassung kann auch im Falle des § 33 Abs. 1 vollständig nach § 32 Abs. 2 erfolgen.

[70]) Die Anwendung des § 33 Abs. 2 kann durch die Satzung ausgeschlossen werden (§ 40). Ob einem Vereine, dessen Satzung einen solchen Ausschluß enthält, Rechtsfähigkeit zu verleihen ist, oder ob eine bezügliche Aenderung der Satzung zu genehmigen ist, hängt von dem Ermessen der zuständigen Behörde ab (§§ 22, 23, 33 Abs. 2).

[71]) Nach § 71 Abs. 2 finden die Vorschriften der §§ 60—64 und des § 66 Abs. 2 auf die Anmeldung der Aenderung entsprechende Anwendung. Siehe oben S. 65 ff. Die Anmeldung ist zurückzuweisen, wenn sie den Erfordernissen des § 71 Abs. 1 nicht entspricht. Im übrigen gilt für die Stellung des Registerrichters das oben S. 64 Gesagte. Besteht die Aenderung der Satzung darin, daß der Zweck des Vereins in Zukunft auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet sein soll, so ist die Eintragung abzulehnen (vergl. Prot. I S. 571—572, Gareis Anm. 6 zu § 21). Wird die Anmeldung zugelassen, so hat sie das Amtsgericht der Verwaltungsbehörde mitzutheilen. Die §§ 61—63 finden Anwendung. Für die Eintragung selbst gilt § 64. An die Stelle des Tages der Errichtung der Satzung tritt der Tag der Beschlußfassung über die Aenderung. Mit Urschrift und Abschrift des Beschlusses ist nach § 66 Abs. 2 zu verfahren.

[72]) Vorschriften über die Feststellung der Unwirksamkeit eines Beschlusses der Mitgliederversammlung enthält das Gesetz nicht. Unter den Voraussetzungen des § 256 CPO. ist eine Feststellungsklage der Mitglieder gegen den Verein zulässig. Vergl. Prot. I S. 536 ff., auch RFG. §§ 159, 127.

IV. Ueber Erwerb und Verlust der **Mitgliedschaft**, sowie über **Rechte und Pflichten der Mitglieder** enthält das BGB. nur wenige Bestimmungen. Es gilt folgendes:

1. In welcher Weise der Eintritt der Mitglieder erfolgen soll, kann die Satzung beliebig bestimmen. Bei eingetragenen Vereinen soll sie Bestimmung über den Eintritt der Mitglieder treffen (§ 58 Nr. 1).[73] In Ermangelung einer solchen Vorschrift kann ein neues Mitglied nur auf Grund einer Beschlußfassung in der Mitgliederversammlung oder mit schriftlicher Zustimmung aller Mitglieder aufgenommen werden (§ 32).[74]

§ 39.

2. Der Austritt aus dem Vereine steht nach dem Gesetze jedem Mitgliede jederzeit frei (§ 39 Abs. 1). Durch die Satzung kann das Austrittsrecht nur dahin beschränkt werden, daß der Austritt nur am Schlusse eines Geschäftsjahrs erfolgen darf oder daß seine Zulässigkeit von dem Ablauf einer Kündigungsfrist abhängig gemacht wird, die höchstens zwei Jahre betragen kann (§ 39 Abs. 2). Die Ausschließung eines Mitglieds gegen dessen Willen ist nur dann zulässig, wenn sie durch die Satzung vorgesehen ist.[75] Anderenfalls kann sie auch bei Einstimmigkeit aller übrigen Mitglieder nicht erfolgen.

§ 38.

3. Die Mitgliedschaft ist eine Rechtsposition, kein subjektives Recht.[76] Sie ist nach dem Gesetze nicht übertragbar und nicht vererblich (§ 38 S. 1). Doch kann die Satzung die Uebertragbarkeit und Vererblichkeit zulassen (§ 40). Das Gleiche gilt von der Ausübung der Mitgliedschaftsrechte, welche nach dem Gesetz einem Anderen nicht überlassen werden kann, während die Satzung ein Anderes bestimmen kann (§§ 38 S. 2, 40).[77]

4. Daß das Mitglied an sich keinen Antheil an dem Vermögen des Vereins, keinen Anspruch auf einen Antheil an dem Gewinn hat, und daß es nicht für die Schulden des Vereins haftet, folgt aus dem Wesen der juristischen Persönlichkeit. Die Satzung kann jedoch auch in allen diesen Beziehungen ein Anderes bestimmen.[78]

---

[73]) Es kann bestimmt werden, daß eine Aufnahme durch die Mitgliederversammlung, den Vorstand oder ein anderes Vereinsorgan erforderlich sei. Der Eintritt kann auch Jedem offenstehen, der gewisse Bedingungen erfüllt, ohne daß es einer Aufnahme bedarf, z. B. Jedem, der volljährig und im Besitze der bürgerlichen Ehrenrechte ist, oder der schriftlich seinen Beitritt erklärt und gleichzeitig einen bestimmten Jahresbeitrag zahlt, oder Jedem, der in einer bestimmten Provinz geboren ist oder dergleichen.

[74]) Siehe oben S. 82 unter 1.

[75]) Ebenso Cosack I § 34 II, 3, Neumann Anm. 3 zu § 38, Planck Anm. zu § 35, Leonhard § 39 II a. E. Rehbein (Anm. II, 5a zu §§ 21 ff. S. 49) nimmt an, daß auch ohne Bestimmung der Satzung grobe Pflichtverletzung, unwürdiges Verhalten und dergleichen Ausschließungsgründe seien (vergl. § 43 II, 6 ALR.) Dies ist jedoch unzutreffend. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Mitgliedschaft ein Sonderrecht im Sinne des § 35 ist, (so Planck Anm. zu 35, dagegen Hölder Anm. 3 zu § 35, Cosack a. a. O., vergl. RG. Bd. 33 S. 175 ff.), jedenfalls können auch die allgemeinen Mitgliedsrechte nur insoweit beeinträchtigt werden, als dies die Satzung zuläßt. Die Mitgliederversammlung kann ohne bezügliche Bestimmung der Satzung weder beschließen, daß ein einzelnes Mitglied an einer Vereinseinrichtung nicht theilnehmen darf, noch daß es gänzlich ausgeschlossen wird. Vergl. auch Prot. I S. 567—568.

[76]) Prot. I S. 534.

[77]) § 38 S. 2 findet z. B. auf die Ausübung des Stimmrechts in der Mitgliederversammlung Anwendung (s. oben S. 83 unter 4). Läßt die Satzung die Ausübung durch einen Anderen zu, so ist sie in ihren Bestimmungen an keine Beschränkung gebunden. Insbesondere kann sie auch die Ausübung durch Nichtmitglieder gestatten. (Anders § 61 II, 6 ALR). — Die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte durch den gesetzlichen Vertreter des Mitglieds ist keine Ausübung durch einen Anderen (Fischer-Henle Anm. 1 zu § 38).

[78]) Ebenso Rehbein Anm. II, 5, d zu §§ 21 ff. S. 51, Cosack I § 34 IV, 4a. Durch die Bestimmung der Satzung, daß die Mitglieder für die Schulden des Vereins persönlich haften, würde an sich eine direkte Haftung der Mitglieder gegenüber den Gläubigern

5. Welche Rechte den Mitgliedern als solchen zustehen, wird durch das Gesetz (§§ 29, 32—39, 45 Abs. 3) und die Satzung bestimmt. Die Mitgliedschaftsrechte unterliegen danach auch der Abänderung durch die Satzung; doch kann keinem Mitglied ohne seine Zustimmung eine Sonderstellung — Sonderberechtigung oder Sonderverpflichtung — eingeräumt werden (§ 35).[79])

Pflichten der Mitglieder bestehen nur insoweit, als sie durch die Satzung begründet sind. Das Gesetz legt den Mitgliedern keinerlei Verpflichtung auf. Insbesondere sind sie auch zur Zahlung von Beiträgen nur verpflichtet, falls die Satzung bestimmt, daß solche zu leisten sind (vgl. § 58 Nr. 2).[80])

§ 21. Auflösung des Vereins. Verlust und Entziehung der Rechtsfähigkeit.

Das BGB. unterscheidet zwischen Auflösung eines Vereins und Verlust beziehungsweise Entziehung der Rechtsfähigkeit[1]). Während die Auflösung die Existenz des Vereins vernichtet, sodaß seine Rechtsfähigkeit nicht mehr in Frage kommen kann, lassen Verlust und Entziehung der Rechtsfähigkeit grundsätzlich die Existenz des Vereins unberührt. Der Verein hört, wenn ihm die Rechtsfähigkeit genommen wird, auf, ein rechtsfähiger Verein zu sein, er kann aber sehr wohl als nicht rechtsfähiger Verein fortbestehen[2]). — Vom Verluste der Rechtsfähigkeit spricht das Gesetz in dem Falle, in dem der Verein in Folge der Konkurseröffnung ipso iure der Rechtsfähigkeit entkleidet wird (§ 42 Abs. 1), von Entziehung der Rechtsfähigkeit in den Fällen, in denen sie ihm durch einen behördlichen Akt genommen wird (§§ 43, 44, 73).

§ 41. I. Die Auflösung des rechtsfähigen Vereins erfolgt,

1. wenn sie von der Mitgliederversammlung beschlossen wird (§ 41 S. 1). Darüber, welche Mehrheit zu einem solchen Beschluß erforderlich ist, entscheidet zunächst die Satzung. Enthält sie keine Bestimmung, so ist eine Mehrheit von drei Viertheilen der erschienenen Mitglieder erforderlich (§ 41 S. 2);

---

noch nicht begründet sein. Man wird aber regelmäßig annehmen müssen, daß die Vertreter des Vereins (§§ 26 Abs. 2, 30) in diesem Falle auch als Bevollmächtigte der Mitglieder handeln.

[79]) Siehe oben S. 84 Anm. 68, Cosack I § 34 II, 3. Beschlüsse, welche die Mitgliedschaftsrechte aller Mitglieder beeinträchtigen, können nach §§ 32, 33, 40 gefaßt werden, also auch ohne Zustimmung aller einzelnen Mitglieder, falls nicht der Fall des § 33 Abs. 1 S. 2 vorliegt.

[80]) Ein Antrag, die Zulässigkeit einer Aufrechnung oder eines Zurückbehaltungsrechts gegen geschuldete Beiträge auszuschließen, ist von der zweiten Kommission abgelehnt worden (Prot I S. 535—536). Auch die bezügliche Bestimmung des alten HGB. Art. 184c ist in das neue HGB. nicht aufgenommen.

[1]) E. IV. sprach noch durchweg von „Auflösung" des Vereins (vgl. §§ 38, 39 Abs. 1, 40, 41 Abs. 2, 42, 47, 48, 70, 71 E. IV). Erst die Reichstagskommission hat die Unterscheidung in das Gesetz hineingebracht, indem sie nur im § 38 (§ 41 BGB.) das „aufgelöst werden" stehen ließ und im übrigen statt dessen Verlust und Entziehung der Rechtsfähigkeit setzte. Sie ging davon aus, daß das BGB. nur Erwerb und Verlust der Rechtsfähigkeit ordne, während die Vorschriften über Entstehung und Auflösung der Vereine Sache des öffentlichen Vereinsrechts seien (KB. zu § 39 E IV. S. 13).

[2]) Deswegen ist es nicht zutreffend, wenn Neumann Anm. 1 vor §§ 41 ff., Eck S. 67—68 unter Hinweis auf §§ 45 Abs. 1, 74 Abs. 1 meinen, die materiellen Wirkungen von Auflösung, Verlust und Entziehung der Rechtsfähigkeit seien die gleichen. In den Vorschriften der §§ 45, 74 erschöpfen sich diese Wirkungen nicht. — Ob ein Verein, wenn ihm die Rechtsfähigkeit entzogen ist, als nicht rechtsfähiger Verein weiterbesteht, ist aus den Umständen des einzelnen Falles festzustellen. Wenn einem seit 1880 bestehenden

2. mit dem Ablaufe der für die Dauer des Vereins bestimmten Zeit oder mit dem Eintritte des über seine Dauer entscheidenden Ereignisses[3]). Die Zeit und das Ereigniß können in der Satzung bestimmt sein oder durch das zuständige Organ des Vereins beschlossen werden (§ 32); sie können bei konzessionierten Vereinen auch bei der staatlichen Verleihung vorgeschrieben sein. In diesen Fällen tritt die Auflösung des Vereins mit dem Ablaufe der Zeit oder dem Eintritte des Ereignisses von selbst ein; eines Beschlusses der Mitgliederversammlung bedarf es nicht;

3. durch die Behörde auf Grund des öffentlichen Vereinsrechts. Unter welchen Voraussetzungen eine solche Auflösung erfolgen kann und welche Rechtsmittel dagegen zulässig sind, bestimmt das Landesrecht[4]).

§ 74. Jede Auflösung eines eingetragenen Vereins ist in das Vereinsregister einzutragen (§ 74 Abs. 1 S. 1). In den Fällen der Nr. 1 und 2 hat der Vorstand, ersteren Falles unter Beifügung einer Abschrift des Auflösungsbeschlusses, die Auflösung zur Eintragung anzumelden (§ 74 Abs. 2). Die Mitglieder des Vorstandes können hierzu vom Amtsgericht durch Ordnungsstrafen angehalten werden (§ 78 Abs. 1). Im Falle der Nr. 3 erfolgt die Eintragung auf Anzeige der zuständigen Behörde (§ 74 Abs. 3).

§ 42. II. Der Verlust der Rechtsfähigkeit tritt mit der Eröffnung des Konkurses ein (§ 42 Abs. 1).

Das Konkursverfahren über das Vermögen eines Vereins findet im Falle der Zahlungsunfähigkeit (KO. § 102) und im Falle der Ueberschuldung statt (KO. §§ 213, 207 Abs. 1). Auch nach Auflösung des Vereins ist die Eröffnung des Verfahrens so lange zulässig, als die Vertheilung des Vermögens nicht vollzogen ist (KO. §§ 213, 207 Abs. 2, vergl. BGB. §§ 46, 47 ff.). Zu dem Antrag auf Eröffnung des Verfahrens ist jeder Konkursgläubiger, jedes Mitglied des Vorstandes und jeder Liquidator berechtigt (KO. §§ 213, 208 Abs. 1, vergl. Abs. 2). Im Falle der Ueberschuldung — nicht in dem der Zahlungsunfähigkeit — ist der Vorstand verpflichtet, die Eröffnung des Konkurses zu beantragen (§ 42 Abs. 2 S. 1). Verzögert er die Stellung des Antrags, so haften die Mitglieder des Vorstandes dem Vereine für den daraus entstehenden Schaden (§§ 27 Abs. 3, 276). Da aber die Vorschrift

Rauchklube, der sich Anfang 1900 in das Vereinsregister eintragen ließ, im Laufe dieses Jahres die Rechtsfähigkeit wieder entzogen wurde, weil er politische Zwecke verfolgte (§ 43 Abs. 3), so wird man annehmen müssen, daß der Verein als nicht rechtsfähiger fortbestehen will, wie er schon früher 20 Jahre lang bestanden hatte. Wird dagegen die Rechtsfähigkeit einem Verein entzogen, der nur unter der Voraussetzung der Erlangung der Rechtsfähigkeit gegründet worden ist, so muß man annehmen, daß der Verein mit der Entziehung der Rechtsfähigkeit zu bestehen aufhört. Vergl. auch Planck Anm. 2 zu § 41, Crome § 53 Anm. 6, Gierke in der Festgabe für Dernburg S. 6.

[3]) Die Schüler des Seminars eines Universitätslehrers bilden einen Verein, dessen Dauer auf so lange festgesetzt ist, als der Lehrer am Leben ist. Dann wird der Verein mit dem Tode des Lehrers aufgelöst.

[4]) Für Preußen vergl. Verordnung vom 11. 3. 1850 §§ 8, 16. — Die Ansicht von Hatschek (DJZ. 1900 Nr. 23 S. 492 ff.), daß auch eine Auflösung auf Grund des öffentlichen Vereinsrechts nur aus den Gründen des § 43 und unter den Kautelen des § 44 erfolgen könne, widerspricht der Entstehungsgeschichte und dem Wortlaute des Gesetzes. Daß das öffentliche Vereinsrecht aufrecht erhalten ist, folgt daraus, daß das BGB. nur das Privatrecht kodifiziert (siehe oben S. 3), das öffentliche Recht grundsätzlich unberührt läßt. In Ansehung des Vereinsrechts ist dies noch besonders zum Ausdrucke gelangt (siehe S. 86 Anm. 1). § 74 Abs. 3 ergiebt deutlich, daß das Gesetz zwischen Entziehung der Rechtsfähigkeit nach § 43 und Auflösung auf Grund des öffentlichen Vereinsrechts unterscheidet. Vgl. auch Hölder Anm. 1 zu § 43.

des § 42 Abs. 1 im Interesse der Gläubiger gegeben ist, so sind die Vorstandsmitglieder, denen ein Verschulden zur Last fällt, auch den Gläubigern für den ihnen aus der Verzögerung des Antrags entstehenden Schaden als Gesammtschuldner verantwortlich (§ 42 Abs. 2 S. 2, vergl. auch HGB. § 240)[5].

Der Verein verliert die Rechtsfähigkeit mit der Wirksamkeit des Eröffnungsbeschlusses, d. h. mit der Stunde, welche der wirksame Beschluß als die der Eröffnung angiebt (KO. § 108)[6]. Auf die Rechtskraft des Beschlusses kommt es nicht an. Wird der Eröffnungsbeschluß wieder aufgehoben (KO. § 116), so gilt der Verlust der Rechtsfähigkeit als nicht eingetreten[7]. Demgemäß schreibt das Gesetz vor, daß bei eingetragenen Vereinen von Amtswegen sowohl die Eröffnung des Konkurses wie die Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses einzutragen sind (§ 75)[8][9].

§ 75.

III. Eine Entziehung der Rechtsfähigkeit kann in folgenden Fällen erfolgen:

§ 43.

1. Wenn der Verein das Gemeinwohl gefährdet, jedoch nur dann, wenn diese Gefährdung durch einen gesetzwidrigen Beschluß der Mitgliederversammlung oder des Vorstandes[10] oder durch ein anderes gesetzwidriges Verhalten[11] des Vorstandes erfolgt (§ 43 Abs. 1).

2. Wenn der Verein, dessen Zweck nach der Satzung nicht auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, oder der nach seiner Satzung einen politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zweck nicht hat, einen solchen Zweck verfolgt (§ 43 Abs. 2 und 3)[12].

---

[5]) Es handelt sich hier um einen Fall der Anwendung des § 823 Abs. 2. § 42 Abs. 2 S. 1 ist ein Gesetz, das im Interesse der Gläubiger gegeben ist, das deren Schutz bezweckt. Vergl. M. I S. 104. Die Vorstandsmitglieder würden daher schon nach §§ 823 Abs. 2, 830, 840 ebenso haften, wie nach § 42 Abs. 2 S. 2.

[6]) Vergl. hierzu Jäger zu § 108 KO.

[7]) In den anderen Fällen der Aufhebung und Einstellung des Konkursverfahrens (KO. §§ 163, 190, 202, 204) bleibt die Rechtsfähigkeit verloren. Im Falle der Abweisung des Eröffnungsantrags wegen Mangels an Masse (KO. § 107) tritt der Verlust der Rechtsfähigkeit nicht ein.

[8]) Der Konkursrichter hat also von beiden Beschlüssen dem Registerrichter von Amtswegen Nachricht zu geben. Der Verlust der Rechtsfähigkeit wird nicht eingetragen (§ 74 Abs. 1 S. 2), sondern nur die Thatsache, aus der er sich mit Nothwendigkeit ergiebt.

[9]) Auf das Konkursverfahren über das Vermögen eines Vereins finden die allgemeinen Vorschriften der KO. Anwendung. Auch ein Zwangsvergleich ist zulässig. Vergl. M. I S. 117—118.

[10]) Gesetzwidrige Beschlüsse eines anderen Organs, z. B. des Aufsichtsraths, fallen nicht unter die Vorschrift des § 43 Abs. 1.

[11]) Das gesetzwidrige Verhalten des Vorstandes kann in einem Beschluß, einem anderen Thun oder auch in einem Unterlassen bestehen. Zu beachten ist, daß nur der Vorstand als solcher in Frage kommt, ein gesetzwidriges Verhalten eines einzelnen Mitglieds rechtfertigt die Entziehung nicht.

[12]) Ueber den auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichteten Zweck eines Vereins siehe oben S. 54 ff., über das Verfolgen politischer, sozialpolitischer oder religiöser Zwecke oben S. 66 ff. — Voraussetzung für die Entziehung ist, daß der Verein die satzungswidrigen Zwecke nach der Erlangung der Rechtsfähigkeit verfolgt. Mit vorher liegenden Handlungen kann die Entziehung nicht begründet werden. Ist ein Verein mit wirthschaftlichem Geschäftsbetrieb eingetragen, so hat er die Rechtsfähigkeit durch die Eintragung nicht erlangt, ihre Entziehung kann also nicht in Frage kommen (siehe oben S. 57 unter e; die entgegengesetzte Meinung von Endemann I § 46 Anm. 2 erscheint nicht begründet). Ist ein Verein eingetragen, der nach der Satzung nur gesellige Zwecke verfolgt, thatsächlich aber bis zur Eintragung politische Agitation getrieben hatte, so kann ihm die Rechtsfähigkeit nur entzogen werden, wenn er auch nach der Eintragung politische Zwecke verfolgt.

3. Wenn ein konzessionierter Verein einen anderen als den in der Satzung bestimmten Zweck verfolgt (§ 43 Abs. 4)[13].

Die Rechtsfähigkeit kann in Gemäßheit des § 43 jedem rechtsfähigen Verein entzogen werden, gleichgültig, in welcher Weise er die Rechtsfähigkeit erlangt hat.[14]) Liegen die Voraussetzungen des § 43 vor, so muß die Behörde das Verfahren auf Entziehung der Rechtsfähigkeit einleiten.[15]) Die Zuständigkeit und das Verfahren bestimmen sich nach den für streitige Verwaltungssachen geltenden Vorschriften der Landesgesetze[16]), und wo ein Verwaltungsstreitverfahren nicht besteht, nach den Vorschriften der §§ 20, 21 der Gewerbeordnung. Letzteren Falles erfolgt die Entscheidung in erster Instanz durch die höhere Verwaltungsbehörde, in deren Bezirke der Verein seinen Sitz hat (§§ 44 Abs. 1). Beruht die Rechtsfähigkeit eines Vereins auf Verleihung durch den Bundesrath, so kann sie ihm in den Fällen des § 43 auch nur durch Beschluß des Bundesraths wieder entzogen werden (§ 44 Abs. 2). — Mit der Rechtskraft der Entscheidung (§ 44 Abs. 1) beziehungsweise mit dem Erlasse des Beschlusses des Bundesraths (§ 44 Abs. 2) hört die Rechtsfähigkeit des Vereins auf. Bei eingetragenen Vereinen ist die Entziehung der Rechtsfähigkeit in das Vereinsregister einzutragen, und zwar erfolgt die Eintragung auf Anzeige der zuständigen Behörde (§§ 74 Abs. 1 S. 1, Abs. 3). **§ 44.**

4. Wenn die Zahl der Mitglieder eines eingetragenen Vereins[17]) unter drei herabsinkt. Die Entziehung der Rechtsfähigkeit erfolgt in diesem Falle durch Beschluß des Amtsgerichts, in dessen Bezirke der Verein seinen Sitz hat, und zwar entweder auf Antrag des Vorstandes oder, wenn der Antrag nicht binnen drei Monaten[18]) gestellt wird, von Amtswegen. Hat der Vorstand den Antrag nicht gestellt, so ist er vor der Beschlußfassung zu hören. Der Beschluß ist dem Vereine zuzustellen. Gegen den Beschluß, durch den dem Vereine die Rechtsfähigkeit entzogen oder der Antrag des Vorstandes zurückgewiesen wird, **§ 73.**

---

[13]) Wenn z. B. ein nach § 22 konzessionierter Verein mit wirthschaftlichem Geschäftsbetriebe Zwecke verfolgt, die nicht auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet sind, oder wenn er ein anderes Geschäft betreibt, als er nach seiner Satzung betreiben soll. — Nicht verständlich ist die Bemerkung von Hölder (Anm. 3 zu § 43), das Gesetz habe den Fall nicht vorgesehen, daß der satzungsmäßige nicht wirthschaftliche Zweck ohne Aenderung der Satzung ein wirthschaftlicher werde. Dies ist gerade der Fall des § 43 Abs. 2. Der Fall der Satzungsänderung kommt hier garnicht in Frage (§§ 33 Abs. 2, 71, 61 ff.). Die eine Aenderung des Zweckes enthaltende Satzungsänderung wird entweder genehmigt beziehungsweise eingetragen; dann kann § 43 nicht zur Anwendung kommen. Oder sie wird nicht genehmigt beziehungsweise eingetragen, dann wird sie nicht wirksam. Verfolgt der Verein trotzdem den nicht genehmigten oder nicht eingetragenen Zweck, so liegen die Voraussetzungen des § 43 vor.

[14]) Vergl. Prot. I S. 575.

[15]) Ueber die Bedeutung des „kann" (§ 43) siehe oben S. 38 Anm. 3. Ebenso Planck I S. 25, a. M. Gareis Anm. 4 zu § 43.

[16]) Siehe oben S. 68 Anm. 45. In Preußen entscheidet der Bezirksausschuß. Für die Erhebung der Klage ist der Landrath, in Stadtkreisen die Ortspolizeibehörde zuständig. (Verordn. vom 16. 11. 1899 Art. 2).

[17]) Einem konzessionierten Vereine kann die Rechtsfähigkeit nicht entzogen werden, wenn die Mitgliederzahl unter drei herabsinkt. Jedoch kann die Behörde die Rechtsfähigkeit mit der Maßgabe verleihen, daß sie nur beim Vorhandensein einer bestimmten Mitgliederzahl besteht.

[18]) Seitdem die Mitgliederzahl unter drei herabgesunken ist. Das Amtsgericht kann sich hierüber durch Einfordern eines Mitgliederverzeichnisses (§ 72) oder durch die ihm erforderlich erscheinenden Ermittelungen und Beweisaufnahmen Gewißheit verschaffen (RFG. § 12). Maßgebend für die Entziehung der Rechtsfähigkeit ist die Mitgliederzahl in dem Zeitpunkt, in dem der Beschluß erlassen wird.

findet die sofortige Beschwerde nach den Vorschriften der CPO. statt (§ 73 Abs. 1, CPO. § 577, vergl. BGB. § 60 Abs. 2)[19])

Die Rechtsfähigkeit des Vereins hört mit der Rechtskraft des Beschlusses auf (§ 73 Abs. 2, CPO. § 577 Abs. 2). Die Entziehung der Rechtsfähigkeit ist von Amtswegen in das Vereinsregister einzutragen (§ 74 Abs. 1 S. 1).[20])

IV. **Ueber den Verbleib des Vereinsvermögens** im Falle der Auflösung des Vereins und der Entziehung der Rechtsfähigkeit gilt Folgendes:

1. Auflösung und Entziehung der Rechtsfähigkeit stehen, was das Schicksal des Vereinsvermögens betrifft, grundsätzlich gleich. Die Vorschriften des Gesetzes (§§ 45 ff.) gelten für beide in gleicher Weise.

§ 45. 2. In erster Reihe entscheidet die Satzung darüber, an wen mit der Auflösung des Vereins oder der Entziehung der Rechtsfähigkeit das Vermögen fallen soll (§ 45 Abs. 1). Anfallberechtigt ist der, den die Satzung zur Zeit der Auflösung oder Entziehung der Rechtsfähigkeit als den Anfallberechtigten bezeichnet.[21])

3. Bezeichnet die Satzung den Anfallberechtigten nicht, so kann sie doch vorschreiben, daß die Anfallberechtigten durch Beschluß der Mitgliederversammlung oder eines anderen Vereinsorgans, z. B. des Vorstandes, des Aufsichtsraths, bestimmt werden (§ 45 Abs. 2 S. 1). Enthält die Satzung eine solche Vorschrift, so kann das betreffende Vereinsorgan die Bestimmung treffen, solange die Auflösung oder Entziehung der Rechtsfähigkeit noch nicht erfolgt ist.[22]) Enthält die Satzung eine solche Vorschrift nicht, so kann nur ein Verein, dessen Zweck nicht auf einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, einen Anfallberechtigten bestimmen. Die Bestimmung kann nur durch die Mitgliederversammlung — nicht durch ein anderes Vereinsorgan — erfolgen, und kann nur in der Zuweisung des Vermögens an eine öffentliche Stiftung oder Anstalt bestehen (§ 45 Abs. 2 S. 3).[23])

---

[19]) Siehe oben S. 65 Anm. 31.

[20]) Das Gesetz enthält keine Bestimmung darüber, wer die Eintragung im Falle des § 73 zu veranlassen hat (vergl. § 74 Abs. 2 und 3). Es kann aber keinem Zweifel unterliegen, daß die Eintragung von Amtswegen zu erfolgen hat (vergl. § 74 Abs. 3 und Rausnitz Anm. 14 zu § 159 RFG.).

[21]) Die Bestimmung braucht nicht schon bei Gründung des Vereins in der ersten Satzung enthalten zu sein. Es genügt, daß sie zur fraglichen Zeit, wenn auch auf Grund einer späteren Aenderung, in der Satzung enthalten ist. In Bezug auf die Person des Anfallberechtigten ist die Satzung in keiner Weise beschränkt. Beispielsweise kann bestimmt werden, daß das Vermögen des Vereins im Falle der Entziehung der Rechtsfähigkeit dem fortbestehenden nicht rechtsfähigen Vereine verbleiben soll. Hier tritt der Unterschied zwischen Auflösung und Entziehung der Rechtsfähigkeit (siehe oben S. 86 Anm. 2) besonders klar hervor.

[22]) Ist der Verein aufgelöst oder ist ihm die Rechtsfähigkeit entzogen, so besteht eine Mitgliederversammlung, ein Vorstand, ein Aufsichtsrath des Vereins oder doch des rechtsfähigen Vereins nicht mehr, es ist also kein Organ vorhanden, das für den Fall der Auflösung oder Entziehung der Rechtsfähigkeit den Anfallberechtigten bestimmen könnte (siehe Anm. 28 a. E.). Die Mitglieder können z. B. in einer Versammlung zunächst den Anfallberechtigten bestimmen und dann die Auflösung beschließen oder, falls sie die Auflösung für einen bestimmten Zeitpunkt beschlossen haben, noch vor Eintritt des Zeitpunkts eine Bestimmung über den Anfallberechtigten treffen. Ebenso ist das zuständige Organ nicht behindert, den Anfallberechtigten noch zu bestimmen, nachdem ein Verfahren nach §§ 43, 44, 73 auf Entziehung der Rechtsfähigkeit gegen den Verein eingeleitet ist, solange nur die Entziehung noch nicht rechtskräftig erfolgt ist.

[23]) Für die betreffenden Beschlüsse der Mitgliederversammlung genügt einfache Stimmenmehrheit, falls die Satzung nicht ein Anderes bestimmt (§§ 32, 40).

4. Wenn der Anfallberechtigte weder durch die Satzung noch nach Maßgabe des § 45 Abs. 2 durch ein Vereinsorgan bestimmt ist, so ist zu unterscheiden zwischen Vereinen, die nach der Satzung ausschließlich den Interessen ihrer Mitglieder dienen, und solchen, bei denen dies nicht der Fall ist. Das Vermögen der ersteren fällt an die zur Zeit der Auflösung oder der Entziehung der Rechtsfähigkeit vorhandenen Mitglieder zu gleichen Theilen, das der letzteren an den Fiskus des Bundesstaats, in dessen Gebiete der Verein seinen Sitz hatte (§ 45 Abs. 3).[24][25])

§ 46. 5. Fällt das Vereinsvermögen an den Fiskus, so hat dieser die gleiche Stellung, als wäre er gesetzlicher Erbe einer physischen Person geworden (§§ 46 S. 1, 1936). Das Vermögen des Vereins geht also als Ganzes auf den Fiskus über (§ 1922 Abs. 1). Er kann den Anfall nicht ausschlagen (§ 1942 Abs. 2), eine Inventarfrist kann ihm nicht bestimmt werden (§ 2011 S. 1). Seine Haftung für die Verbindlichkeiten des Vereins beschränkt sich unbedingt auf das Vereinsvermögen. Den Gläubigern des Vereins gegenüber ist er verpflichtet, über den Bestand des Vereinsvermögens Auskunft zu ertheilen (§ 2011 S. 2).[26]) Der Fiskus ist verpflichtet, das Vermögen thunlichst in einer den Zwecken des Vereins entsprechenden Weise zu verwenden (§ 46 S. 2).[27])

§ 47. 6. Wenn das Vereinsvermögen einem Anderen als dem Fiskus zufällt, so hat der Anfallberechtigte zwar nicht die Stellung des Erben, aber auch in diesem Falle findet kraft Gesetzes eine Gesammtnachfolge in das Vereinsvermögen statt.[28]) Dem Anfallberechtigten steht das Recht zu, den Anfall auszuschlagen.[29]) In allen Fällen, in denen das Vereinsvermögen nicht an den Fiskus fällt, muß eine Liquidation stattfinden (§ 47).[30][31]) Die Vorschrift des § 47 ist

[24]) Das Vermögen einer Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit würde an die Mitglieder zu gleichen Theilen fallen, das eines Kirchenbauvereins an den Fiskus. — In Preußen bestimmt sich das Anfallrecht, auch in Ansehung der Vereine, welche am 1. 1. 1900 bereits bestanden, ausschließlich nach den Vorschriften des BGB. (EG. Artt. 85, 163, Preuß. AG. Art. 5 § 1).

[25]) Hat der Verein keinen Sitz in einem Bundesstaate (§ 23), so fällt das Vermögen an den Reichsfiskus (vergl. § 1936 Abs. 2). Fischer-Henle Anm. 7 zu § 45. — Wenn keine Mitglieder mehr vorhanden sind, fällt das Vermögen in jedem Falle an den Fiskus. Rehbein Anm. II 7 S. 54. Dasselbe muß gelten, wenn ein anderer Anfallberechtigter den Anfall ausschlägt (siehe im Texte unter 6).

[26]) Vergl. auch § 1966 und CPO. § 780 Abs. 2.

[27]) Es handelt sich hier um eine öffentlich rechtliche Verpflichtung des Fiskus. Privatrechtlich ist sie nicht erzwingbar. Vergl. Prot. VI S. 116. A. M. Leonhard I § 43 II.

[28]) Ebenso Hölder Anm. 2 zu § 45, Neumann Anm. 2 zu § 45, Leonhard § 43 II, Gierke in der Festgabe für Dernburg S. 35 Anm. 87; vergl. M. I S. 115. A. M. Rehbein Anm. II, 7 d S. 56, Planck Anm. 2 zu § 53, Cosack I § 35 unter 3 a, Eck S. 67, nach denen dem Anfallberechtigten nur ein Anspruch gegen den Verein auf Auslieferung des Vermögens nach beendeter Liquidation zusteht. Dies ist schon sprachlich nicht zutreffend. Von einem „Anfalle" des Vermögens spricht man nur da, wo ein Uebergang des Vermögens von Rechtswegen stattfindet (vergl. § 1942 Abs. 1 in Verbindung mit § 1922 Abs. 1). Abgesehen hiervon würde das Vereinsvermögen herrenlos sein, wenn es nicht dem Anfallberechtigten kraft Gesetzes zufiele. Als fortbestehend gilt der Verein nur, soweit es der Zweck der Liquidation erfordert (§ 49 Abs. 2). Wem das Vermögen gehört, ist für die Liquidation völlig gleichgültig.

[29]) Vergl. Prot. I S. 547.

[30]) Gleichgültig ist, an wen das Vermögen fällt, ob an die Mitglieder (§ 45 Abs. 3), an den fortbestehenden nicht rechtsfähigen Verein oder an eine andere juristische oder natürliche Person (§ 45 Abs. 1 und 2), oder auch an eine Körperschaft, Stiftung oder Anstalt des öffentlichen Rechtes (EG. Art. 85).

[31]) Eine Bestimmung darüber, wem im Falle des § 42 Abs. 1 das Vereinsvermögen zufällt, enthält das Gesetz nicht. § 45 ist analog anzuwenden. Vergl. Planck Anm. 2 zu § 42, Neumann Anm. 2 zu § 42.

eine zwingende; ihre Anwendung kann durch die Satzung oder durch einen Beschluß der Mitgliederversammlung nicht ausgeschlossen werden.

V. Die Liquidation ist das Verfahren, welches nach der Auflösung des Vereins und nach der Entziehung der Rechtsfähigkeit eintritt zum Zwecke der Beendigung der laufenden Geschäfte, des Umsatzes des Vereinsvermögens in Geld, der Befriedigung der Gläubiger und der Ausantwortung des Ueberschusses an den Anfallberechtigten. Für dieses Verfahren gilt Folgendes:

§ 48. 1. Durch wen die Liquidation zu erfolgen hat, bestimmt in erster Reihe die Satzung. Enthält sie keine besondere Vorschrift hierüber, so kann diejenige Stelle, welche für die Bestellung der Vorstandes zuständig ist,[32]) beliebige Personen zu Liquidatoren bestellen. In dringenden Fällen können auch durch das Amtsgericht nach Maßgabe des § 29 Liquidatoren bestellt werden (§ 48 Abs. 1 S. 2). Sind besondere Liquidatoren nicht bestellt, so erfolgt die Liquidation durch den Vorstand (§ 48 Abs. 1 S. 1, vgl. HGB. § 295). Die Mitglieder des Vorstandes sind nach Maßgabe des zwischen ihnen und dem Vereine bestehenden Rechtsverhältnisses zur Uebernahme der Liquidation verpflichtet.[33]) — Bei eingetragenen Vereinen sind die Liquidatoren in das Vereinsregister einzutragen (§ 76 Abs. 1 S. 1).[34]) Die Anmeldung der ersten Liquidatoren hat

§ 76. durch den Vorstand, die Anmeldung bei späteren Aenderungen durch die Liquidatoren, die Eintragung gerichtlich bestellter Liquidatoren hat von Amtswegen zu erfolgen (§ 76 Abs. 2 S. 1, Abs. 3). Das Amtsgericht kann die Mitglieder des Vorstandes und die Liquidatoren durch Ordnungsstrafen zur Anmeldung anhalten (§ 78 Abs. 1 und 2). Der Anmeldung von Liquidatoren, die durch Beschluß der Mitgliederversammlung bestellt sind, ist eine Abschrift des Beschlusses beizufügen (§ 76 Abs. 2 S. 2).

2. Die Liquidatoren haben die rechtliche Stellung des Vorstandes,[35]) d. h. die Stellung gesetzlicher Vertreter des Vereins, soweit sich nicht aus dem Zwecke der Liquidation ein Anderes ergiebt (§ 48 Abs. 2). Hiernach finden die Vorschriften der §§ 26 Abs. 2, 27 Abs. 3, 28 Abs. 2, 31, 42 Abs. 2, 68, 69 und 70 auf die Liquidatoren entsprechende Anwendung. Dagegen ist für die Beschlüsse mehrerer Liquidatoren, abweichend von der Vorschrift des § 28 Abs. 1, die Uebereinstimmung aller für erforderlich erklärt, sofern nicht ein Anderes bestimmt ist (§ 48 Abs. 3). Derartige andere Bestimmungen sind bei eingetragenen Vereinen in das Vereinsregister einzutragen. Der Anmeldung ist eine Abschrift der die Bestimmung enthaltenden Urkunde beizufügen (§§ 76 Abs. 1 und 2, 78; vergl. §§ 70, 68).[36])

Die Liquidatoren haften für ihre Geschäftsführung, ebenso wie die Vorstandsmitglieder, nur dem Vereine, nicht den einzelnen Mitgliedern des Vereins und,

---

[32]) Siehe oben S. 74 unter 2 und 3. Die Bestellung kann auch nach der Auflösung oder der Entziehung der Rechtsfähigkeit erfolgen (§ 49 Abs. 2).

[33]) M. I S. 113—114.

[34]) Unrichtig erscheint die Ansicht von Hölder (Anm. 2 zu § 76), daß es im Falle des § 48 Abs. 1 S. 1 der Eintragung der bisherigen Vorstandsmitglieder als Liquidatoren nicht bedarf. § 76 macht für diesen Fall keine Ausnahme. Nach § 67 Abs. 1 ist auch die erneute Bestellung desselben Vorstandsmitglieds einzutragen. Um so weniger ist anzunehmen, daß das Gesetz eine Ausnahme von der Eintragung machen wollte, wenn die bisherigen Vorstandsmitglieder Liquidatoren werden.

[35]) Siehe oben S. 75 ff.

[36]) Siehe oben S. 77—78.

abgesehen von den Fällen des § 53,[37]) nicht den Gläubigern. Der Verein haftet für die Handlungen der Liquidatoren nach den Vorschriften der §§ 278, 31.

3. Der Geschäftskreis der Liquidatoren wird durch den Zweck der Liquidation[38]) bestimmt. **§ 49 Abs. 1.**

a) In erster Reihe haben sie die laufenden Geschäfte zu beendigen. Zur Beendigung schwebender Geschäfte können sie auch neue Geschäfte eingehen (§ 49 Abs. 1 S. 1 und 2).[39])

b) Sie haben ferner die Forderungen einzuziehen und das übrige Vermögen in Geld umzusetzen. Beides darf jedoch unterbleiben, soweit es nicht zur Befriedigung der Gläubiger oder zur Vertheilung des Ueberschusses unter die Anfallberechtigten erforderlich ist (§ 49 Abs. 1 S. 1 und 3).[40])

c) Die Liquidatoren haben sodann die Gläubiger des Vereins zu befriedigen (§ 49 Abs. 1 S. 1). Um die an den Verein bestehenden Ansprüche festzustellen, haben die Liquidatoren zunächst die Auflösung des Vereins oder die Entziehung der Rechtsfähigkeit öffentlich bekannt zu machen und in der Bekanntmachung die Gläubiger zur Anmeldung ihrer Ansprüche aufzufordern.[41]) Bekannte Gläubiger sind durch besondere Mittheilung zur Anmeldung aufzufordern (§ 50 Abs. 1 S. 1 und 2, Abs. 2). Stellt sich eine Ueberschuldung heraus, so haben die Liquidatoren die Eröffnung des Konkurses zu beantragen (§§ 48 Abs. 2, 42 Abs. 2, 53). Anderenfalls haben sie die Gläubiger zu befriedigen, deren Befriedigung ausführbar ist und deren Ansprüche unstreitig **§ 50.**

[37]) Siehe unten S. 95 unter e.

[38]) Siehe oben S. 92 unter V.

[39]) Die Vertretungsmacht der Liquidatoren ist gesetzlich nur durch den Zweck der Liquidation beschränkt (§§ 48 Abs. 2, 26 Abs. 2). Sie wären daher auch ohne die Sondervorschrift des § 49 Abs. 1 S. 2 zur Eingehung neuer Geschäfte berechtigt, soweit diese zum Zwecke der Liquidation geschlossen werden. Das Gesetz erfordert nicht, daß das neue Geschäft zur Beendigung eines schwebenden Geschäfts nothwendig ist. Die Liquidatoren handeln innerhalb ihrer Vertretungsmacht, wenn sie das neue Geschäft thatsächlich zur Beendigung eines schwebenden eingehen. Kauft z. B. ein Liquidator ein Nachbargrundstück, um das Grundstück des Vereins, das bisher schwer verkäuflich gewesen ist, leichter verkaufen zu können, so ist der Kauf wirksam. Der Dritte ist nicht immer in der Lage, mit Sicherheit festzustellen, ob das neue Geschäft zur Beendigung eines schwebenden Geschäfts eingegangen wird. Zu seinen Gunsten gilt diese Voraussetzung als vorliegend, wenn er bei der Vornahme des neuen Geschäfts den Mangel der Voraussetzung nicht kannte und seine Unkenntniß auch nicht auf Fahrlässigkeit beruhte. Vgl. hierzu Prot. VI S. 136 ff., Planck Anm. 1 zu § 49, Staub Anm. 15 zu § 149 HGB., ROHG. Bd. 21 S. 308. — Die Beweislast dafür, daß die Liquidatoren nicht innerhalb der ihnen zustehenden Vertretungsmacht gehandelt haben, also auch dafür, daß ein neues Geschäft nicht zur Beendigung eines schwebenden Geschäfts eingegangen ist, trifft denjenigen, welcher die Ausnahme von der Regel, daß die Liquidatoren die gesetzlichen Vertreter des Vereins sind, behauptet. Dies ergiebt sich aus der Fassung des § 48 Abs. 2 („soweit sich nicht . . . ein Anderes ergiebt"; vgl. Planck 1 S. 46 Nr. 6, S. 45 No. 4). Durch die Deklaration der Vorschrift des § 48 Abs. 2 im § 49 Abs. 1 S. 2 wird hieran nichts geändert. A. M. Neumann Anm. 2 zu § 49, Staub Anm. 17 zu § 149 HGB.; für das bisherige Recht vergl. RG. Bd. 4 S. 61 ff., 66.

[40]) Ob dies der Fall ist, hängt von dem Ermessen der Liquidatoren ab. Die Anfallsberechtigten haben keinen Anspruch darauf, daß die Liquidatoren die fraglichen Maßregeln vornehmen oder unterlassen. Vgl. Prot. I S. 549.

[41]) Die Bekanntmachung erfolgt durch das in der Satzung für Veröffentlichungen bestimmte Blatt, in Ermangelung eines solchen durch das Blatt, welches für Bekanntmachungen des Amtsgerichts bestimmt ist, in dessen Bezirke der Verein seinen Sitz hatte. Die Bekanntmachung gilt als bewirkt mit dem Ablaufe des zweiten Tages nach der Einrückung oder, wenn mehrere Einrückungen erfolgen, nach der ersten Einrückung (§ 50 Abs. 1 S. 3 und 4).

sind.[42]) Ist eines von beiden nicht der Fall,[43]) so ist vor Ausantwortung des Vermögens dem Gläubiger Sicherheit zu leisten (§ 52 Abs. 2, §§ 232 ff.; vgl. HGB. 301 Abs. 3). Ist ein bekannter Gläubiger im Verzug der Annahme oder kann die Berichtigung der Verbindlichkeit aus einem anderen in der Person des Gläubigers liegenden Grunde nicht oder nicht mit Sicherheit erfolgen, so haben die Liquidatoren den geschuldeten Betrag für den Gläubiger zu hinterlegen (§§ 52 Abs. 1, 372 ff.).[44])[45]) (§ 52.)

d) Nach der Befriedigung der Gläubiger haben die Liquidatoren den Ueberschuß den Anfallberechtigten auszuantworten (§ 49 Abs. 1 S. 1).[46]) Die Ausantwortung des Vermögens darf jedoch nicht vor dem Ablauf eines Jahres nach der Bekanntmachung der Auflösung des Vereins oder der Entziehung der Rechtsfähigkeit erfolgen (§§ 51, 53). Solange die Ausantwortung nicht erfolgt ist, sind die Liquidatoren zur Befriedigung der ihnen bekannt werdenden Gläubiger verpflichtet, soweit Vereinsvermögen vorhanden ist. Ob ihnen die Gläubiger vor oder nach Ablauf des Sperrjahrs bekannt werden, ist gleichgültig. Diejenigen Gläubiger, welche bis zur Ausantwortung des Vermögens nicht bekannt geworden sind, können gegen die Anfallberechtigten Ansprüche aus der ungerechtfertigten Bereicherung geltend machen (§§ 812 ff.).[47]) (§ 51.)

---

[42]) Es macht hierbei keinen Unterschied, ob der Gläubiger seinen Anspruch angemeldet hat oder nicht. Auch letzteren Falles hat die Befriedigung zu erfolgen, wenn der Gläubiger bekannt, der Anspruch unstreitig und die Berichtigung der Verbindlichkeit ausführbar ist, soweit nicht der Fall des § 52 Abs. 1 vorliegt. (Ebenso Staub Anm. 5 zu § 301 HGB.) Durch die Liquidation wird an den Verpflichtungen des Vereins, soweit nicht Sondervorschriften bestehen, nichts geändert. Insbesondere ist die Verpflichtung zur Berichtigung der Verbindlichkeiten nicht von deren Anmeldung abhängig gemacht. Der Gläubiger kommt auch nicht schon durch Unterlassung der Anmeldung in Verzug. Vgl. Prot. IV S. 570.

[43]) Die Berichtigung ist z. B. zur Zeit nicht ausführbar, wenn der Anspruch bedingt oder betagt ist. Vgl. auch Staub Anm. 4 zu § 301 HGB. Auch die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung ist von der Anmeldung nicht abhängig. Siehe Anm. 42.

[44]) Das in den angeführten Fällen nach § 372 bestehende Recht zur Hinterlegung verwandelt sich im Falle der Liquidation des Vereins unter den Voraussetzungen des § 52 Abs. 1 in eine Pflicht der Liquidatoren. Liegt eine nicht auf Fahrlässigkeit beruhende Unkenntniß der Liquidatoren über die Person des Gläubigers vor, während die Verbindlichkeit an sich feststeht, so ist der Gläubiger nicht bekannt. Es findet dann Abs. 2, nicht Abs. 1 des § 52 Anwendung.

[45]) Nach dem Wortlaute des § 52 Abs. 1 soll die Verpflichtung zur Hinterlegung nur bestehen, wenn ein bekannter Gläubiger sich nicht gemeldet hat. Man wird jedoch die Vorschrift analog anwenden müssen, wenn die Berechtigung zur Hinterlegung bezüglich eines Gläubigers vorhanden ist, der sich gemeldet hat. Anderenfalls würden die sich meldenden Gläubiger schlechter stehen, als diejenigen, welche die Anmeldung unterlassen. — Eine Verpflichtung, die Gläubiger gleichmäßig zu befriedigen, ist den Liquidatoren durch das Gesetz nicht auferlegt. Sie folgt auch nicht daraus, daß die Liquidatoren im Falle der Ueberschuldung die Konkurseröffnung zu beantragen haben (§ 42 Abs. 2, vgl. Staub Anm. 6 zu § 301 HGB.). Steht die Ueberschuldung fest, so dürfen danach die Liquidatoren keinen Gläubiger mehr befriedigen. Solange die Ueberschuldung nicht feststeht, ist ihre Verpflichtung zur Befriedigung der Gläubiger keine andere als die des Vereins war. Siehe Anm. 42 und Pinner Anm. II zu § 301 HGB.

[46]) Darüber, daß das Vermögen den Anfallberechtigten kraft Gesetzes anfällt, siehe oben S. 91 Anm. 28. Beispielsweise ist danach in Ansehung von Grundstücken eine Auflassung an die Anfallberechtigten nicht erforderlich, vielmehr liegt ein Fall der Berichtigung des Grundbuchs vor (§ 894).

[47]) Vgl. Cosack § 35 unter 3a, Leonhard § 43 III, Crome § 54 Anm. 14. A. M. Planck Anm. 3 zu § 53, der den direkten Bereicherungsanspruch gegen den Anfallberechtigten verneint, weil dieser etwas auf Kosten des Vereins, nicht des Gläubigers, erlangt habe (§ 812). Vgl. hiergegen die Bemerkungen von Planck zu § 812 Anm. 1, b. Eine Vorschrift, daß die Anfallberechtigten für die Schulden des Vereins haften, enthält das Gesetz nicht. Aus dem Anfalle des Vermögens folgt die Haftung nicht, da hierunter nur das Aktivvermögen zu verstehen ist. Siehe hierüber unten im § 24.

e) Wenn die Liquidatoren die den Schutz der Gläubiger bezweckenden Vorschriften verletzen, wenn sie also im Falle der Ueberschuldung nicht die Konkurseröffnung beantragen (§ 42 Abs. 2), wenn sie die öffentliche Bekanntmachung der Auflösung des Vereins oder der Entziehung der Rechtsfähigkeit und die Aufforderung der Gläubiger zur Anmeldung ihrer Ansprüche nach Maßgabe des § 50 unterlassen, wenn sie in den Fällen des § 52 die Hinterlegung oder Sicherheitsleistung nicht bewirken, wenn sie vor Ablauf des Sperrjahrs (§ 51) oder sonst vor Befriedigung der Gläubiger Vermögen den Anfallberechtigten ausantworten, so haften sie, wenn ihnen ein Verschulden zur Last fällt, nicht nur dem Vereine,[48]) sondern auch den Gläubigern direkt für den daraus entstehenden Schaden, und zwar als Gesammtschuldner (§ 53).[49]) § 53.

4. Bis zur Beendigung der Liquidation gilt der Verein als fortbestehend, soweit der Zweck der Liquidation es erfordert (§ 49 Abs. 2). Der Verein gilt also insoweit trotz der Auflösung oder Entziehung der Rechtsfähigkeit weiter als rechtsfähig, seine Organisation bleibt in Kraft, insbesondere behält auch die Mitgliederversammlung ihre Stellung innerhalb des Rahmens, in dem der Verein noch als fortbestehend angesehen wird;[50]) der bisherige allgemeine Gerichtsstand des Vereins (CPO. § 17) bleibt auch während der Liquidation bestehen. § 49 Abs. 2.

III. Die nicht rechtsfähigen Vereine.[1])

§ 22.

Das BGB. hat, wie bereits oben bemerkt ist[2]), das System der freien Körperschaftsbildung abgelehnt. Vereine, die nicht eingetragen und nicht konzessioniert sind (§ 21—23) und auch nicht auf Grund besonderer reichs- oder landesgesetzlicher Vorschriften die Rechtsfähigkeit erlangt haben, sind nicht rechtsfähig. In Folge des vom Gesetz angenommenen Systems wird voraussichtlich die Zahl der nicht rechtsfähigen Vereine immer eine große sein, jedenfalls eine erheblichere als die der eingetragenen und konzessionierten Vereine.[3]) Die Frage, welche Rechtsstellung die nicht rechtsfähigen Vereine einnehmen, ist deshalb von besonderer Wichtigkeit. Bei ihrer Beantwortung ist zweierlei festzuhalten: einerseits, daß der nicht rechtsfähige Verein trotz des Mangels der Rechtsfähigkeit doch ein Verein ist, d. h. eine körperschaftlich organisierte Vereinigung, anderer-

---

[48]) Siehe oben unter 2 S. 92—93.

[49]) Siehe hierzu oben S. 88 Anm. 5.

[50]) M. I S. 114—115

[1]) Vergl. hierzu insbesondere Hachenburg S. 476 ff, Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit nach dem neuen Rechte, in der Festgabe für Dernburg (Berlin 1900) S. 3 ff, Staudinger, zur Rechtsnatur der nicht rechtsfähigen Vereine im BGB., in der DJZ. 1900 Nr. 17/18 S. 375 ff.

[2]) S. 53 ff.

[3]) In Betracht kommen namentlich die Vereine, welche die Eintragung oder Verleihung aus irgend einem Grunde garnicht nachsuchen, die Vereine, welche sie nachsuchen, solange sie die Rechtsfähigkeit nicht erlangt haben, die ausländischen Vereine nach Maßgabe des Art. 10 S. 2 EG. Eine ausführliche Darstellung der möglichen Fälle giebt Gierke a. a. O. S. 3 ff. — Die zweite Kommission glaubte zwar dadurch, daß sie die nicht rechtsfähigen Vereine dem für sie nicht passenden Gesellschaftsrecht unterstellte (§ 54), einen Zwang auszuüben, um die Vereine zur Eintragung zu veranlassen (vergl. Prot. II S. 458, VI S. 207—208). Da aber allein durch das Einspruchsrecht der Verwaltungsbehörde (§ 61 Abs. 2) allen politischen, sozialpolitischen und religiösen Vereinen die Eintragung so gut wie verschlossen ist, wird es stets eine erhebliche Zahl und zwar gerade von großen und wichtigen Vereinen geben, die nicht rechtsfähig sind.

§ 54 S. 1. seits, daß auf diese körperschaftlich organisierten Vereinigungen die Vorschriften über die eine Gemeinschaft zur gesammten Hand darstellende Gesellschaft Anwendung finden (§ 54 S. 1).[4]) Hieraus ergiebt sich, daß auf die nicht rechtsfähigen Vereine das Gesellschaftsrecht (§§ 705 ff) schlechthin anzuwenden ist,[5]) daß, insoweit es sich gegenüber ergänzenden Vorschriften dieses Rechtes darum handelt, zunächst den Willen der Betheiligten festzustellen, bei dieser Feststellung davon auszugehen ist, daß die Betheiligten einen Verein, d. h. eine körperschaftlich organisierte Vereinigung, nicht eine Gesellschaft bilden wollen, daß auch bei Beantwortung der Frage, welche gesetzlichen Bestimmungen in Ermangelung von Vorschriften des BGB. über die Gesellschaft anzuwenden sind, der Umstand entscheidend ist, daß der nicht rechtsfähige Verein ein Verein, keine Gesellschaft ist, daß aber die Auslegung des Gesetzes und die Auslegung des Willens der Betheiligten nicht dazu führen dürfen, dem Vereine die ihm vom Gesetz ausdrücklich versagte Rechtsfähigkeit thatsächlich zu gewähren. Hiernach gilt im Einzelnen folgendes:

1. Bei der Vereinsgründung besteht kein Unterschied zwischen rechtsfähigen und nicht rechtsfähigen Vereinen, da auch die Letzteren zunächst als nicht rechtsfähige Vereine entstehen.[6])

2. Der Mangel der Rechtsfähigkeit hat zur Folge, daß der nicht rechtsfähige Verein als solcher nicht Träger von Rechten und Pflichten sein kann. Hieraus folgt aber nicht, daß der Verein kein Vermögen haben kann. Nur steht das Vereinsvermögen nicht dem Verein als solchem, sondern den zum Vereine verbundenen Mitgliedern gemeinschaftlich zu (§ 718 Abs. 1).[7]) Anders wie beim rechtsfähigen Vereine hat jedes Mitglied einen Antheil am Gesellschaftsvermögen. Da das einzelne Mitglied aber weder über seinen Antheil an den einzelnen zum Vereinsvermögen gehörenden Gegenständen noch über seinen Antheil am Vereinsvermögen verfügen, noch Theilung verlangen kann (§ 719 Abs. 1), so ist, solange der Verein besteht, in Ansehung der Verfügung über das Vermögen des Vereins praktisch kaum ein Unterschied zwischen rechtsfähigen und nicht rechtsfähigen Vereinen vorhanden.[8]) Dagegen

[4]) Siehe oben S. 53 Anm. 1. Nach Hachenburg (S. 480) unterscheidet sich der rechtsfähige Verein von dem nicht rechtsfähigen „nur durch diese eine Eigenschaft, die Rechtsfähigkeit." Daß auch das BGB. den nicht rechtsfähigen Verein trotz seiner Unterstellung unter das Gesellschaftsrecht als Verein und nicht als Gesellschaft ansieht, kann sowohl nach der Stellung des § 54 wie nach der Terminologie des Gesetzes (siehe oben S. 50 Anm. 1) nicht zweifelhaft sein. Die entgegengesetzte Ansicht (vergl. insbesondere Staub, Exkurs zu § 342 Anm. 84) ist nicht haltbar. Das Gesetz kann wohl bestimmen, daß auf einen Verein die Vorschriften über die Gesellschaft Anwendung finden sollen, aber es kann nicht eine Vereinigung, die thatsächlich ein Verein ist, zu einer Gesellschaft machen. Ueber die praktischen Folgen siehe im Texte. Verfehlt ist es auch andererseits, wenn Endemann (I § 180) umgekehrt jede Gesellschaft als nicht rechtsfähigen Verein behandeln will.

[5]) Es ist also nicht erst in Ansehung jeder einzelnen Vorschrift zu untersuchen, ob sie mit dem Vereinsbegriffe vereinbar ist, vielmehr finden alle Bestimmungen unbedingt in gleicher Weise Anwendung wie bei der Gesellschaft. Soweit eine Vorschrift ergänzender Natur ist, gilt sie danach auch für einen nicht rechtsfähigen Verein nur in Ermangelung anderer Bestimmungen der Betheiligten.

[6]) Siehe oben S. 52—53 Nr. 2 und 3.

[7]) Daher müssen in Ansehung der zum Vereinsvermögen gehörigen Rechte im Grundbuch als die Berechtigten alle Vereinsmitglieder eingetragen werden. Nach § 48 GBO. soll bei der Eintragung das für die Gemeinschaft maßgebende Rechtsverhältniß bezeichnet werden. Also z. B.: A, B, C, D, E als Mitglieder des nicht rechtsfähigen Vereins Fidelitas. Das maßgebende Rechtsverhältniß ist die Mitgliedschaft des nicht rechtsfähigen Vereins, nicht ein Gesellschaftsverhältniß. Dies ist z. B. wegen § 50 Abs. 2 CPO. von Wichtigkeit. (So zutreffend Gierke a. a. O. S. 17 Anm. 34 gegen Planck Anm. 2 f. zu § 54).

[8]) Ueber die Ausübung des Verfügungsrechts siehe § 710 und im Texte unter 4 a.

ist der Umfang des Vereinsvermögens beschränkt durch die Vorschrift des § 718. Das Vereinsvermögen kann sich nur zusammensetzen aus den Beiträgen der Mitglieder, den durch die Geschäftsführung erworbenen Gegenständen und dem, was auf Grund eines zu dem Vereinsvermögen gehörenden Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zu dem Vereinsvermögen gehörenden Gegenstandes erworben wird. In anderer Weise kann Vermögen für den Verein nicht erworben werden.[9]) — Soweit die nicht rechtsfähigen Vereine hiernach erwerbsfähig sind, unterliegen sie denjenigen Beschränkungen nicht, welchen der Erwerb juristischer Personen unterworfen ist.[10]) [11])

3. Der Sitz eines nicht rechtsfähigen Vereins bestimmt sich nach der Vorschrift des § 24.[12])

4. Die Verfassung des nicht rechtsfähigen Vereins wird, soweit nicht zwingende Vorschriften des Gesellschaftsrechts entgegenstehen, durch die Vereinssatzung bestimmt, welche den Gesellschaftsvertrag im Sinne der §§ 705 ff. darstellt. Besteht eine Satzung nicht, so bestimmt sich die Verfassung ausschließlich nach den Vorschriften der §§ 705 ff. Im Einzelnen ist zu bemerken:

a) Daß der Verein einen Vorstand hat, ist, im Gegensatze zu § 26 Abs. 1 S. 1, nicht erforderlich (§ 709 Abs. 1). Es kann aber und wird regelmäßig der Fall sein. Ist ein Vorstand bestellt, so ist er, ebenso wie beim rechtsfähigen Verein, allein zur Geschäftsführung berechtigt (§ 710 S. 1). Er vertritt den Verein auch Dritten gegenüber (§ 714), allerdings nicht als gesetzlicher Vertreter, sondern als Bevollmächtigter der übrigen Mitglieder.[13]) Besteht der

---

[9]) Hieraus folgt insbesondere, daß ein nicht rechtsfähiger Verein nicht erbfähig ist. (Ebenso, wenn auch ohne Begründung, Rehbein Anm. II, 2, c zu §§ 21 ff. S. 44, Staudinger a. a. O. S. 377, a. M. Eck S. 80 Anm. 2, Gierke a. a. O. S. 15 Anm. 31, vergl. Eccius IV § 281 bei Anm. 24.) Die Ansicht von Gierke, es bestehe kein Hinderniß, die jeweiligen Mitglieder in ihrer gesellschaftlichen Verbundenheit zu Erben einzusetzen, ist aus doppeltem Grunde unzutreffend. Einmal kann, wie im Texte ausgeführt, ein nicht rechtsfähiger Verein nach den §§ 54 S. 1, 718 durch die bloße Zuwendung eines Dritten Vermögen nicht erwerben. Außerdem wäre eine Einsetzung Mehrerer zu Erben mit der Maßgabe, daß für die Gemeinschaft der Miterben die Bestimmungen der §§ 705 ff. maßgebend sein sollen, unwirksam. Die Vorschriften, welche die Rechtsverhältnisse einer Gemeinschaft regeln, sind zwingender Natur (vergl. M. II S. 873). Ein Gesellschaftsverhältniß (§§ 705 ff.) kann nur durch Vertrag entstehen (§ 705). Wird ein nicht rechtsfähiger Verein als Erbe eingesetzt, so kann man allerdings annehmen, daß die zum Vereine verbundenen Mitglieder eingesetzt sind, aber die Erbschaft wird nicht Vereinsvermögen, vielmehr finden auf das Rechtsverhältniß der als Erben eingesetzten Mitglieder die §§ 2032 ff. Anwendung (vergl. z. B. § 2033 Abs. 1). Auch nach erbrechtlichen Grundsätzen sind letztwillige Anordnungen nur wirksam, soweit sie vom Gesetze zugelassen sind (vergl. Planck Anm. 2 zu §§ 1937—1941, Neumann Anm. 2 zu §§ 1937—1941). Eine Anordnung, daß das Rechtsverhältniß mehrerer Erben anders als gemäß §§ 2032 ff. geregelt wird, kennt aber das BGB. nicht. Dagegen kann auf Grund eines Schenkungsvertrags Vereinsvermögen erworben werden (a. M. Rehbein a. a. O.). Vergl. § 21 II, 6 ALR.

[10]) Ebenso Gierke a. a. O. S. 15—16. Hiernach finden die Vorschriften des Art. 86 EG., der Artt. 6, 7 Preuß. AG. auf nicht rechtsfähige Vereine nicht Anwendung, die insoweit besser gestellt sind als die rechtsfähigen Vereine.

[11]) Aus dem Mangel der Rechtsfähigkeit folgt, daß der Name eines nicht rechtsfähigen Vereins den Schutz des § 12 nicht genießt. (Ebenso Olshausen, das Verhältniß des Namenrechts zum Firmenrecht, Berlin 1900, S. 37, Ramdohr bei Gruchot Bd. 43 S. 49—50, a. M. Hachenburg S. 488.) Die Anwendung des § 12 setzt ein Recht zum Gebrauch eines Namens voraus. Ein solches Recht ist dem rechtsfähigen Vereine nirgends beigelegt.

[12]) Siehe oben S. 50 Anm. 1 und S. 60 unter 7.

[13]) Zur Führung der Legitimation der Mitglieder des Vorstandes eines nicht rechtsfähigen Vereins wird es erforderlich und genügend sein, daß die Wahl z. B. durch eine notarielle Urkunde nachgewiesen wird. Aus der Wahl folgt die Vertretungsbefugniß (§§ 710 S. 1, 714). — Das BGB. spricht von dem Vorstande des nicht rechtsfähigen Vereins in den §§ 59 Abs. 1, 62 Abs. 1.

Vorstand aus mehreren Personen, so stehen Geschäftsführung und Vertretungsbefugniß, falls die Satzung nicht etwas Anderes bestimmt, allen gemeinschaftlich zu (§§ 710 S. 2, 709 Abs. 1, 714). Die Vertretungsbefugniß kann jedoch, anders als bei rechtsfähigen Vereinen,[14]) einzelnen Mitgliedern des Vorstandes übertragen werden. Für die Geschäftsführung des Vorstandes gelten, ebenso wie bei den rechtsfähigen Vereinen, die Vorschriften der §§ 664—670 (§§ 713, 27 Abs. 3). Bei der Erfüllung der ihnen obliegenden Verpflichtungen haben die Vorstandsmitglieder nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen (§§ 708, 713).[15]) Die Vereinsmitglieder haften für die geschäftsführenden Vorstandsmitglieder nach den Vorschriften der §§ 278, 831. Die Vorschrift des § 31 findet auf die nicht rechtsfähigen Vereine keine Anwendung.[16]) Dagegen haften die Vorstandsmitglieder aus Rechtsgeschäften, welche sie im Namen des nicht rechtsfähigen Vereins einem Dritten gegenüber vornehmen, persönlich als Gesammtschuldner (§ 54 S. 2).[17]) — Die Bestellung eines Vorstandsmitglieds kann nach Maßgabe des § 712 widerrufen werden (vergl. § 27 Abs. 2).

b) In welcher Weise die Mitglieder in einer Mitgliederversammlung an der Ordnung der Vereinsangelegenheiten theilnehmen, bestimmt auch bei nicht rechtsfähigen Vereinen in erster Reihe die Satzung. Nach dem Gesetz ist für jedes Geschäft, soweit es die Beschlußfassung der Mitgliederversammlung erfordert, Einstimmigkeit erforderlich (§ 709 Abs. 1). Die Satzung kann Mehrheitsbeschlüsse zulassen und bestimmen, wie die Mehrheit zu berechnen ist. Enthält sie solche Bestimmungen nicht, so ist die Mehrheit nach der Zahl der Mitglieder zu berechnen (§ 709 Abs. 2).[18])

c) Die Vorschriften über die Gesellschaft stehen einem Wechsel der Mitglieder nicht entgegen (vergl. §§ 727, 736—738). Ueber Erwerb und Verlust der Mitgliedschaft bestimmt in erster Reihe die Satzung. Enthält sie keine Bestimmung, so ist die Aufnahme neuer Mitglieder zulässig.[19]) Die Aufnahme stellt sich rechtlich als Abschluß eines Vertrags der bisherigen Mitglieder mit dem neuen Mitgliede dar, nach welchem die Gemeinschaft (der Verein) mit dem neuen Mitgliede fortgesetzt[20]) und das Vereinsvermögen ge-

---

[14]) Siehe oben S. 76 Anm. 23. — Eine dem Vereine gegenüber abzugebende Willenserklärung ist allen Geschäftsführern gegenüber abzugeben. § 28 Abs. 2 gilt für nichtrechtsfähige Vereine nicht.

[15]) Gierke a. a. O. S. 23 mahnt deshalb mit Recht zu großer Vorsicht bei der Vorstandswahl. Vertragsmäßig kann eine strengere Haftung vereinbart werden.

[16]) Die entgegengesetzte Meinung von Hachenburg S. 487 ist aus dem Gesetze nicht zu begründen.

[17]) Näheres über § 54 S. 2 siehe unten S. 101.

[18]) Hiernach wird es wünschenswerth sein, daß die Satzung vorschreibt, wie viele Mitglieder bei einer Beschlußfassung anwesend sein müssen, und daß die Mehrheit der erschienenen und stimmenden Mitglieder entscheidet. Bestimmt die Satzung nur, daß die Mehrheit der Stimmen entscheiden soll, so würde z. B. bei einer Mitgliederzahl von 100 ein Beschluß nur mit mindestens 51 Stimmen zu Stande kommen können; die Einstimmigkeit von 50 erschienenen Mitgliedern würde nicht genügen.

[19]) Bei der Gesellschaft des BGB. ist der Eintritt neuer Mitglieder an sich nicht unzulässig (vergl. Anm. 20). Bei einem Vereine muß man, falls die Satzung nicht ausdrücklich das Gegentheil bestimmt, annehmen, daß die Zulässigkeit des Eintritts neuer Mitglieder stillschweigend vereinbart ist (siehe oben S. 96). Enthält die Satzung keine andere Bestimmung, so ist allerdings auch hier zur Aufnahme Einstimmigkeit aller Mitglieder erforderlich.

[20]) Warum der Eintritt eines neuen Mitglieds nur durch Auflösung des Vereins und Bildung eines neuen Vereins mit dem neuen Mitgliede soll erfolgen können (Cosack II

meinschaftliches Vermögen der bisherigen Mitglieder und des neuen Mitglieds werden soll [21]). Auch über die Zulässigkeit des Austritts von Mitgliedern kann die Satzung innerhalb der durch § 723 gezogenen Grenzen Bestimmungen treffen [22]). Anderenfalls finden die Vorschriften der §§ 723, 724 Anwendung. Beim Ausscheiden eines Mitglieds wächst dessen Antheil am Vereinsvermögen den übrigen Mitgliedern zu (§ 738) [23]).

d) Die Rechte und Pflichten der Mitglieder werden in erster Reihe durch die Satzung bestimmt. In Ermangelung besonderer Bestimmungen gelten für die Beitragspflicht die §§ 705—707. Am Vereinsvermögen und den einzelnen dazu gehörigen Gegenständen steht jedem Mitglied ein Antheil zu, doch kann es über diesen Antheil nicht verfügen (§ 719 Abs. 1). Hiernach und nach der Vorschrift des § 717 S. 1 ist die Mitgliedschaft nicht übertragbar, nach § 727 ist sie nicht vererblich (vergl. § 38). Doch kann die Satzung ein Anderes bestimmen (§ 727 Abs. 1) [24]) [25]).

5. Der nicht rechtsfähige Verein kann ebensowenig Träger von Pflichten wie von Rechten sein. Die Vereinsschulden sind daher in Wahrheit keine Schulden des nicht rechtsfähigen Vereins, sondern gemeinschaftliche Schulden der Mitglieder (§§ 733—735). Die Frage, in welcher Weise die einzelnen Mit-

---

§ 269 II, 2), ist nicht abzusehen. Nach den Vorschriften über die Gesellschaft ist deren Fortbestehen nicht unbedingt davon abhängig, daß nur die bisherigen Mitglieder Gesellschafter bleiben (vergl. §§ 736, 738, vergl. Oertmann Anm. 3 zu § 736.) Bei der offenen Handelsgesellschaft ist es niemals bezweifelt worden, daß beim Eintritt eines neuen Gesellschafters die alte Gesellschaft unverändert fortbesteht (vergl. Staub Anm. 6 zu § 130 HGB.). Wie hier Gierke a. a. O. S. 12, S. 18 ff., Hölder Anm. 2c zu § 54.

[21]) Die einzelnen zum Vereinsvermögen gehörigen Gegenstände werden nicht schon durch den Eintritt an sich Miteigenthum des neuen Mitglieds zur gesammten Hand, vielmehr ist eine Uebertragung jedes einzelnen Gegenstandes erforderlich. Praktisch ergeben sich hieraus in der Regel keine Schwierigkeiten, da, wie Planck (Anm. 2, I zu § 54) zutreffend hervorhebt, in dem Eintritte die Uebertragung der zum Vereinsvermögen gehörenden Rechte (§§ 398, 413) sowie die Uebertragung der beweglichen Sachen gemäß §§ 930, 931 zu finden ist. Dagegen muß die Uebertragung des zum Vereinsvermögen gehörigen Eigenthums und der sonstigen Rechte an Grundstücken nach Maßgabe des § 873 durch Einigung und Eintragung erfolgen. — Irreführend ist es, wenn Planck a. a. O. von der Uebertragung eines Antheils am Gesellschaftsvermögen an den Eintretenden spricht. Gierke, der grundsätzlich eine Uebertragung nicht für erforderlich hält, nimmt denn auch an, daß schlimmsten Falles nur eine Uebertragung des Antheils im Ganzen in Frage kommen könne, der gegenüber eine Uebertragung der einzelnen Gegenstände völlig undenkbar sei (a. a. O. S. 20). Aber einmal ist, wie Gierke selbst hervorhebt, ein übertragbarer Antheil garnicht vorhanden. Der Antheil des neuen Mitglieds wird vielmehr erst durch Uebertragung der einzelnen Gegenstände geschaffen. Außerdem kennt das BGB., soweit nicht Sondervorschriften gegeben sind, keine Uebertragung einer Sach- oder Rechtsgesammtheit als solcher. Es bedarf immer der Uebertragung der einzelnen zu der Gesammtheit gehörigen Gegenstände (vergl. z. B. § 1085). — Ebensowenig ist die grundsätzliche Ansicht von Gierke (a. a. O. S. 18 ff.), daß mit dem Eintritte neuer Mitglieder von Rechtswegen eine Abwachsung von Antheilen zu Gunsten der Eintretenden stattfinde, mit dem geltenden Rechte vereinbar, so praktisch und wünschenswerth eine solche Lösung der Frage wäre (vergl. auch Cosack II § 389 II, 1).

[22]) Ueber die Folgen des Austritts für das Fortbestehen des Vereins siehe unten unter 6 S. 104. Auch die Ausschließung eines Mitglieds unter gewissen Voraussetzungen kann die Satzung zulassen. Ohne eine entsprechende Vorschrift ist die Ausschließung unzulässig.

[23]) Hier ist also eine Uebertragung der einzelnen Gegenstände auf die im Vereine verbleibenden Mitglieder nach positiver Vorschrift nicht erforderlich.

[24]) Die Uebertragung der Mitgliedschaft hat jedoch, auch wenn sie zulässig ist, nicht die Uebertragung des Antheils am Vereinsvermögen von Rechtswegen zur Folge (§ 719 Abs. 1). Hier gilt das in Anm. 21 Gesagte.

[25]) Ueber die Rechte der Vereinsmitglieder vergl. ferner die §§ 716, 721, 722, die regelmäßig durch die Satzung abgeändert werden, soweit dies zulässig ist (§ 716 Abs. 2).

glieder für die Vereinsschulden haften, ist, da das Gesellschaftsrecht besondere Bestimmungen hierüber nicht enthält[26]), nach den allgemeinen Vorschriften, insbesondere denjenigen über die Stellvertretung (§§ 164 ff.) und über eine Mehrheit von Schuldnern (§§ 420 ff.), zu entscheiden. In Betracht kommt ferner die Frage, inwieweit eine Person die Haftung für ihre Schulden auf einen bestimmten Theil ihres Vermögens beschränken kann. Sie ist dahin zu beantworten, daß durch Rechtsgeschäft eine Verpflichtung derart begründet werden kann, daß der Verpflichtete nur mit einem bestimmten Theile seines Vermögens haftet.[27]) Kann der rechtsgeschäftlich Handelnde seine Verpflichtung selbst in dieser Weise begrenzen, so kann er es auch durch einen Bevollmächtigten. Er kann einen Anderen bevollmächtigen mit der Maßgabe, daß der Bevollmächtigte ihn nur in der Art verpflichten kann, daß er mit einem bestimmten Theile seines Vermögens haftet. Dann ist eine von dem Bevollmächtigten übernommene weitergehende Verpflichtung für den Vollmachtgeber unwirksam (§ 164 Abs. 1). Dagegen ist Niemand im Stande, seine Haftung für andere als rechtsgeschäftlich begründete Verpflichtungen, seine Haftung kraft Gesetzes oder aus Rechtshandlungen im engeren Sinne, anders zu normieren als sie vom Gesetze bestimmt ist.[28]) Hiernach ergiebt sich in Ansehung der Haftung für die Schulden eines nicht rechtsfähigen Vereins folgendes:

a) Aus den vom Vorstande im Namen des Vereins vorgenommenen Rechtsgeschäften haften die Vereinsmitglieder (§ 164 Abs. 1). Sie würden an sich mit ihrem ganzen Vermögen haften. Nach den Vorschriften der §§ 420 ff. würde jedes Mitglied, wenn es sich um eine theilbare Leistung handelt, zu einem gleichen Theile verpflichtet sein (§ 420), während bei untheilbaren Leistungen und in dem wichtigsten Falle, nämlich bei allen durch Vertrag begründeten Verpflichtungen, alle Mitglieder als Gesammtschuldner haften würden (§§ 431, 427). Diese Vorschriften kommen aber nur zur Anwendung, soweit nicht ein Anderes gesetzlich oder rechtsgeschäftlich bestimmt ist. Ist rechtsgeschäftlich durch den Vorstand eine Verpflichtung im einzelnen Falle der Art begründet, daß der Gläubiger sich nur an das Vereinsvermögen solle halten dürfen, so haften die einzelnen Vereinsmitglieder nur mit ihren Antheilen an dem Vereinsvermögen, also, wenn die Antheile nicht gleich sind, nicht zu gleichen Theilen, nicht als Gesammtschuldner und nicht mit ihrem übrigen Vermögen. Die Vereinsmitglieder können aber auch allgemein die Vollmacht des Vorstandes dahin beschränken, daß er nur berechtigt ist, sie mit ihren Antheilen am Vereinsvermögen zu verpflichten. Die Vollmacht des Vorstandes ist regelmäßig in der Satzung enthalten. Wird also

---

[26]) Nach Prot. II S. 459 und Gareis Anm. 5, 3 zu § 54 soll die Haftung der Vereinsmitglieder nach den Vorschriften des Gesellschaftsrechts zu beurtheilen sein. Das Gesellschaftsrecht des BGB. enthält bezügliche Vorschriften nicht. E. I § 642, auf den sich die Bemerkung der Prot. bezog, ist in zweiter Lesung beseitigt (vergl. Prot. II S. 424—425).

[27]) Soweit ersichtlich, herrscht hierüber in der Litteratur des BGB. Einstimmigkeit. Vgl. insbesondere Gierke a. a. O. S. 29, Planck Anm. 2 h zu § 54, Dernburg II § 4 bei Anm. 3, Oertmann S. 2 unter 6. — Wenn Jemand durch öffentliche Bekanntmachung einen Preis von 1000 M. für irgend eine Handlung aussetzt mit der Maßgabe, daß für die 1000 M. nur sein Grundstück haften solle, so ist diese Beschränkung der Haftung durchaus wirksam. A., der zum Betriebe seines Geschäfts von B. ein Darlehn erhalten hat, kann mit diesem vereinbaren, daß er für die Rückzahlung des Darlehns nur mit seinem Waarenlager haften soll. Der Gläubiger darf dann Zwangsvollstreckung nur in den betreffenden Theil des Vermögens des Schuldners vornehmen. Dieser muß dafür Sorge tragen, daß er nur demgemäß verurtheilt wird.

[28]) Eine Erklärung z. B., nach der Jemand für die von ihm gehaltenen Thiere (§ 833) nur mit diesen Thieren haften wolle, ist ohne Wirkung.

in dieser die Bestimmung getroffen, daß der Vorstand nur berechtigt sein soll, die Mitglieder mit ihren Antheilen am Vereinsvermögen zu verpflichten, so haftet für die aus Rechtsgeschäften des Vorstandes herrührenden Schulden ausschließlich das Vereinsvermögen; eine weitergehende Inanspruchnahme der Mitglieder ist ausgeschlossen.[29]) Man muß aber weiter annehmen, daß es zur Erreichung dieses Erfolges einer ausdrücklichen Bestimmung der Satzung nicht bedarf, daß vielmehr in Ermangelung einer entgegengesetzten Bestimmung die Vollmacht des Vorstandes nach dem Willen der Mitglieder, wie er in dem Beitritte zu einem nicht rechtsfähigen Vereine deutlich zum Ausdrucke gelangt, regelmäßig auf die Verpflichtung der Mitglieder mit ihren Antheilen am Vereinsvermögen beschränkt ist.[30])

Da sich hiernach die Haftung regelmäßig auf das Vereinsvermögen beschränkt, da aber bei einem nicht rechtsfähigen Vereine der Bestand eines solchen Vermögens nicht erkennbar ist und es auch an jeder Gewähr dafür fehlt, daß das Vermögen nicht ohne Rücksicht auf die Gläubiger vertheilt werde (vergl. §§ 49 ff.),[31]) bestimmt das Gesetz, daß aus einem Rechtsgeschäfte, das im Namen eines nicht rechtsfähigen Vereins einem Dritten gegenüber vorgenommen wird, der Handelnde persönlich haftet, und daß, wenn Mehrere handeln, sie als Gesammtschuldner haften (§ 54 S. 2). Die Vorschrift erstreckt sich auf Jeden für den Verein Handelnden, also nicht nur auf die Mitglieder des Vorstandes, sondern

§ 54 S. 2.

[29]) Ebenso Planck Anm. 2b zu § 54, Neumann Anm. 3a zu § 54, Oertmann S. 2 unter 6 und Anm. 4 zu § 714, Crome I § 55 unter 4, Dernburg II § 4 unter II 2b, Gierke a. a. O. S. 29, vergl. auch Prot. II S. 459—460, Eccius IV § 281 bei Anm. 29 und RG. Bd. 12 S. 229, A. M. Rehbein Anm. II, 2c zu § 54 S. 43, Hachenburg S. 477, Eck S. 84—85, Cosack II § 266 unter III, 4a, Staudinger in der DJZ. 1900 Nr. 17/18 S. 377, welche zwar die rechtsgeschäftliche Beschränkung der Haftung auf das Vereinsvermögen im einzelnen Falle, nicht aber allgemein durch Beschränkung der Vertretungsmacht des Vorstandes in der Satzung für zulässig halten. Wenn man die Zulässigkeit der Haftungsbeschränkung grundsätzlich anerkennt, so ist nicht zu erkennen, wie man die Zulässigkeit der bezüglichen Einschränkung einer Vollmacht leugnen kann. Es wird denn auch dagegen allgemein nur der eine Grund geltend gemacht, daß anderenfalls unter der Form eines nicht rechtsfähigen Vereins Gesellschaften mit beschränkter Haftung errichtet werden können, ohne die Vorschriften des Gesetzes vom 20. 4. 1892 zu erfüllen. Dies ist schon deshalb irrig, weil die Mitglieder eines nicht rechtsfähigen Vereins nicht allgemein, sondern nur in Ansehung rechtsgeschäftlicher Verpflichtungen ihre Haftung beschränken können (siehe im Texte unter b S. 102), ganz abgesehen davon, daß der nicht rechtsfähige Verein als solcher nicht Träger von Rechten und Pflichten sein, Eigenthum und andere dingliche Rechte an Grundstücken nicht erwerben und vor Gericht nicht klagen kann (Ges. vom 20. 4. 1892 § 13 Abs. 1).

[30]) Wer in einen nicht rechtsfähigen Verein eintritt, will sich nur zu den in den Satzungen bestimmten Leistungen, regelmäßig nur zu den festgesetzten Geldbeiträgen verpflichten, er will eine weitergehende Haftung für die im Namen des Vereins eingegangenen Verbindlichkeiten nicht übernehmen und will dem Vorstand ein Recht, ihn mit seinem übrigen Vermögen zu verpflichten, nicht einräumen. Auch der Dritte, der in rechtsgeschäftlichen Verkehr mit einem nicht rechtsfähigen Vereine tritt, nimmt regelmäßig an, daß ihm nur das Vereinsvermögen haftet, nicht das weitere Vermögen der einzelnen Mitglieder. Diese allgemeine, dem Vereinsbegriff entsprechende Anschauung muß der Auslegung der Satzung zu Grunde gelegt werden. Zutreffend sagt Gierke (a. a. O. S. 10): „Was sich aus dem Zwecke der Vereinigung, aus der Gesammthaltung der Satzung und aus dem bei gleichartigen Vereinen Ueblichen als gewollt ergiebt, ist als vereinbart anzusehen.“ Auch Gierke (a. a. O. S. 29) nimmt denn auch an, daß die Einschränkung der Vertretungsmacht des Vorstandes regelmäßig als gewollt erhellen wird. Daß auch das Gesetz diese Einschränkung als den regelmäßigen Fall voraussetzt, ergiebt deutlich die Vorschrift des § 54 S. 2 (siehe im Texte und Prot. II S. 459). Es würde anderenfalls jeder Rechtfertigung entbehren, daß diese Vorschrift nur für die nicht rechtsfähigen Vereine, nicht auch für die Gesellschaft des BGB. gilt.

[31]) Prot. II S. 459.

z. B. auch auf Angestellte und Spezialbevollmächtigte.[32]) Die Haftung tritt ohne Rücksicht darauf ein, ob der Dritte gewußt hat oder hat wissen müssen, daß er es mit dem Vertreter eines nicht rechtsfähigen Vereins zu thun habe. Sie kann im einzelnen Falle durch Vereinbarung mit dem Dritten, nicht aber allgemein durch eine einseitige Bestimmung der Satzung ausgeschlossen werden.[33])

b) Für alle Vereinsschulden, die nicht durch Rechtsgeschäft begründet sind, haften die Mitglieder nach allgemeinen Grundsätzen, also in der Regel auch mit ihrem ganzen Vermögen.[34]) Beispielsweise kann im Falle des § 683 der Geschäftsführer Ersatz seiner Aufwendungen von jedem Mitgliede zu gleichem Antheile fordern (§ 420) und Befriedigung nicht nur aus den Antheilen am Vereinsvermögen, sondern auch aus dem übrigen Vermögen der Mitglieder suchen. Für zum Schadensersatze verpflichtende Handlungen des Vorstandes haften die Mitglieder nach Maßgabe des § 831, da die Vorschrift des § 31 auf nicht rechtsfähige Vereine nicht Anwendung findet. Liegen die Voraussetzungen des § 831 vor, so haften alle Mitglieder als Gesammtschuldner (§ 840 Abs. 1) mit ihrem ganzen Vermögen.[35])

c) Durch das Ausscheiden eines Mitglieds wird dessen Haftung an sich nicht berührt. Sie ist jedoch gegenstandslos, insoweit das ausscheidende Mitglied nur mit seinem Antheil am Vereinsvermögen für die Schulden haftete (§ 738 Abs. 1 S. 1).[36]) Neu eintretende Mitglieder haften für die vor ihrem Eintritte begründeten Vereinsschulden mit ihrem Antheil am Vereinsvermögen.[37])

d) Zum Schutze der Gläubiger, die sich nur an das Vereinsvermögen halten können oder wollen, hat das Gesetz, da die Haftung mit dem Vereinsvermögen die regelmäßige ist, dem nicht rechtsfähigen Verein im Prozeß und im Konkurs eine selbständigere Stellung gegeben, als sie ihm sonst zukommt. Ein Verein, der nicht rechtsfähig ist, kann verklagt werden; er hat in dem Rechtsstreite die Stellung eines rechtsfähigen Vereins (§ 50 Abs. 2 CPO). Die Klage kann gegen den Verein unter dessen Namen angestellt werden. Er wird im Prozesse durch seinen Vorstand vertreten, der insoweit die Stellung eines gesetzlichen Vertreters hat (CPO. §§ 50 Abs. 2, 51, BGB. § 26 Abs. 2).[38])

---

[32]) A. M. Hölder Anm. 3 zu § 54.

[33]) Vgl. Cosack II § 270 unter 3a, Leonhard § 44 S. 145 Anm. 1.

[34]) Siehe oben bei Anm. 28 S. 100.

[35]) Wenn der Vorstand des Vereins für diesen einen Hund anschafft, so hält diesen der Verein. Verletzt der Hund einen Menschen, so sind alle Mitglieder für den Schaden als Gesammtschuldner verantwortlich (§§ 833, 830, 840 Abs. 1).

[36]) Gierke a. a. O. S. 30.

[37]) Zu diesem Resultate muß man auf Grund gleicher Erwägungen wie der in Anm. 30 S. 101 angeführten gelangen. Wer in einen Verein eintritt, weiß, daß das Vereinsvermögen für die bisherigen Schulden haftet und will diese Haftung, soweit er einen Antheil an diesem Vermögen hat, übernehmen, und zwar auch den Gläubigern gegenüber. Ebenso Planck Anm. 2, 1 zu § 54, Crome § 55 unter 4 und im Ergebniß, aber mit anderer Begründung Gierke a. a. O. S. 30—31, Cosack II § 269 unter II, 2. Die Polemik von Gierke (a. a. O. S. 31 Anm. 73) gegen Planck Anm. 2 zu § 736 ist schon deshalb ungerechtfertigt, weil sich die Ausführungen des Letzteren nur auf die Gesellschaft, nicht auf die nichtrechtsfähigen Vereine beziehen.

[38]) Aus der Vorschrift des § 50 Abs. 2 CPO. folgt die Anwendung vieler anderer Bestimmungen der CPO. § 17 Abs. 1 gilt für den allgemeinen Gerichtsstand des Vereins, § 22 für Klagen von Mitgliedern gegen einander. Auf Zustellungen an den beklagten nicht rechtsfähigen Verein kommen die §§ 171, 184 zur Anwendung. Die Zuschiebung oder Zurückschiebung von Eiden kann nur an die Vorstandsmitglieder nach Maßgabe der §§ 473, 474 CPO. erfolgen. Doch ist daran festzuhalten, daß der Verein nur im Rechtsstreit

Ist der Verein verurtheilt, so genügt dieses Urtheil zur Zwangsvollstreckung in das Vereinsvermögen (CPO. § 735).[39] [40]) Soweit der beklagte nicht rechtsfähige Verein in dem Rechtsstreite dazu genöthigt ist, kann er auch als der angreifende Theil auftreten. Er kann insbesondere eine Widerklage erheben, im Falle des Obsiegens die Erstattung der Prozeßkosten aus dem Urtheile geltend machen und erforderlichen Falles Klagen aus §§ 578 und 767 CPO. erheben.[41]) Im übrigen besitzt der nicht rechtsfähige Verein die aktive Parteifähigkeit nicht. Klagen können nur von allen Mitgliedern gemeinschaftlich angestellt werden, und zwar regelmäßig durch den Vorstand als Bevollmächtigten (§§ 714, 710), nicht als gesetzlichen Vertreter, so daß Eide von den Mitgliedern zu leisten sind. Das einzelne Mitglied kann Forderungen nur nach Maßgabe des § 432 geltend machen.[42])

Nach den §§ 50 Abs. 2 CPO., 213 KO. findet über das Vermögen eines nicht rechtsfähigen Vereins auch ein besonderes Konkursverfahren statt. Die Vorschriften der §§ 207, 208 KO. finden dabei entsprechende Anwendung.

---

als rechtsfähig gilt. Daher scheint es nicht zutreffend, daß, wie Gierke a. a. O. S. 31 Anm. 74 annimmt, beim Fehlen eines Vorstandes § 29 BGB. Anwendung findet. Im Rechtsstreite kann eventuell nur § 57 CPO. helfen.

[39]) Eines Urtheils gegen die Vereinsmitglieder bedarf es nicht (vgl. CPO. § 736). Die Wirkungen der Rechtshängigkeit und der Rechtskraft treten, auch wenn gegen den Verein geklagt ist, gegenüber der Gesammtheit der Mitglieder ein, da der nicht rechtsfähige Verein nur diese darstellt, wenn er auch im Prozeß als rechtsfähig gilt. So zutreffend Gierke a. a. O. S. 32—33, vergl. Eck S. 83—84.

[40]) Unbegründet sind die Bedenken von Eck S. 82—83 und Hachenburg S. 478 gegen die Pfändung und Ueberweisung von Forderungen des verurtheilten Vereins; da der Verein selber die Forderungen nicht einklagen könne, könne dies auch der Gläubiger nicht. Der Verein gilt in der Vollstreckungsinstanz als rechtsfähig, dem Verein als solchem stehen insoweit die Forderungen zu, die daher im Wege der Zwangsvollstreckung gegen den Verein dem Gläubiger überwiesen werden können. Ist danach die Ueberweisung zulässig, was unbestritten ist, so kann es, sobald sie erfolgt ist, in Ansehung der Einklagung der Forderung nur auf die Parteifähigkeit des Klägers, nicht des Vereins, ankommen.

[41]) Begründung zu § 49a Nov. CPO. (Hahn, die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen Bd. 8 S. 84).

[42]) Ueber die bisherige Rechtsprechung in Ansehung der Parteifähigkeit nicht rechtsfähiger Vereine vergl. Ob.-Tr.Bd. 78 S. 123 ff., Strieth-Arch. Bd. 61 S. 44 ff., RG. Bd. 4 S. 155, Bd. 7 S. 169 ff., Bd. 8 S. 121, Bd. 27 S. 183, Bd. 39 S. 287, J. W. 1901 S. 301 N. 1.

Daß der Mangel der aktiven Parteifähigkeit für die nicht rechtsfähigen Vereine unendliche Schwierigkeiten zur Folge hat, ist nicht zu verkennen (vgl. hierüber insbesondere Gierke a. a. O. S. 32—33, Eck S. 82 ff., Hachenburg S. 478). Aber so sehr man dies auch beklagen und so sehr man die Geltung des Prinzips der freien Körperschaftsbildung wünschen mag, so darf dies doch in keinem Falle dazu führen, die klare Vorschrift des Gesetzes zu mißachten. Gierke (a. a. O. S. 33) spricht die Hoffnung aus, daß die Gerichte auch unter der Herrschaft des neuen Rechtes den nicht rechtsfähigen Vereinen die aktive Parteifähigkeit verschaffen werden. Ein gesetzliches Verbot stehe nicht entgegen. Auch könne hier die Bildung eines gemeinen Gewohnheitsrechts bedeutungsvoll werden. Alledem steht die klare Vorschrift des § 50 Abs. 1 CPO. entgegen: Parteifähig ist, wer rechtsfähig ist. Daß der nicht rechtsfähige Verein rechtsfähig ist, wird Niemand behaupten wollen. Wenn die Gerichte nicht im Stande sind, dem nicht rechtsfähigen Vereine die Rechtsfähigkeit zu verschaffen, so können sie ihm danach auch nicht die Parteifähigkeit verschaffen. Durch ein Gewohnheitsrecht kann die Bestimmung der CPO. nicht geändert werden (s. oben S. 30). Der Hinweis auf die Bildung eines solchen Rechtes ist bezeichnend für die Aufgabe, die man dem Gewohnheitsrechte stellt: es soll im bewußten Gegensatze zur Gesetzgebung deren vermeintliche Fehler korrigieren. Die opinio necessitatis soll nicht darin bestehen, daß man dem Rechte entsprechend zu handeln meint, sondern in der Ueberzeugung, daß man dem unrichtigen Gesetz entgegenhandeln müsse, um es durch ein entgegenstehendes Gewohnheitsrecht zu beseitigen. Höher als das Interesse an der Unschädlichmachung einer verkehrten gesetzlichen Bestimmung steht das Interesse an der allseitigen Beobachtung des Gesetzes. Die Beseitigung einer Vorschrift, die man für unrichtig hält, soll man nur auf dem Wege der Gesetzgebung anstreben. Vgl. auch Staudinger in der DJZ. 1900 No. 17/18 S. 378.

6. Ueber die Auflösung des nicht rechtsfähigen Vereins entscheidet in erster Reihe die Satzung, soweit nicht zwingendes Gesellschaftsrecht entgegensteht. Die Vorschriften, daß die Gesellschaft durch Kündigung eines Gesellschafters (§§ 723, 724), durch den Tod eines solchen (§ 727), durch Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters (§ 728) aufgelöst wird, können durch die Satzung geändert werden (§ 736). Aber auch ohne ausdrückliche Bestimmung der Satzung ist bei nicht rechtsfähigen Vereinen als stillschweigend vereinbart anzusehen, daß in den angeführten Fällen der Verein unter den übrigen Mitgliedern fortbestehen soll[43]). Die Kündigung seitens des Gläubigers eines Mitglieds, der dessen Antheil am Vereinsvermögen gepfändet hat (CPO. § 859 Abs. 1, BGB. § 725), kann allerdings durch die Satzung nicht ausgeschlossen werden, aber sie wird in der Regel für den Gläubiger ohne jeden Vortheil sein, da der Verein durch die Kündigung nicht aufgelöst wird und dem Ausscheidenden regelmäßig irgend ein Anspruch an den Verein nicht zusteht[44]).

Im Falle der Auflösung richten sich die Liquidation und der Verbleib des Vereinsvermögens nach der Satzung und, falls diese Bestimmungen nicht enthält, nach den Vorschriften der §§ 730 ff. Soweit der Zweck der Auseinandersetzung es erfordert, gilt der Verein nach Maßgabe des § 730 Abs. 2 S. 1 auch nach der Auflösung als fortbestehend. Daher können die Gläubiger noch gegen ihn klagen, und es kann, solange die Vertheilung des Vermögens nicht vollzogen ist, das Konkursverfahren über sein Vermögen eröffnet werden (KO. §§ 213, 207 Abs. 2). Durch die Vertheilung des Vermögens wird die Haftung der Mitglieder für die Vereinsschulden nicht berührt, sodaß jedes Mitglied für die bei der Auseinandersetzung nicht berichtigten Schulden mit dem haftet, was es auf seinen Antheil erhalten hat[45]).

IV. Stiftungen.

§ 23.

I. Eine Stiftung ist eine Veranstaltung, die sich nach dem Willen des Stifters als ein besonderes Rechtssubjekt darstellen soll: eine rechts-

[43]) So schon Prot. II. S. 460, VI. S. 207. Vgl. ferner Gierke a. a. O. S. 11—12, Hachenburg S. 213, Gareis Anm. 2 zu § 54.

[44]) Vgl. Planck Anm. 2g und k zu § 54 und Gierke in der DJZ. 1900 No. 23 S. 480—481. Wenn der Verein durch Kündigung, Tod oder Konkurseröffnung (§§ 723, 724, 727, 728) nicht aufgelöst wird, sondern das betreffende Mitglied nur ausscheidet, so wächst sein Antheil am Vereinsvermögen den übrigen Mitgliedern zu (§ 738 Abs. 1 S. 1). Dem Ausscheidenden steht nur ein Anspruch gegen diese nach Maßgabe der §§ 738 Abs. 1 S. 2, Absatz 2, 740 zu. Dieser Anspruch kann durch die Satzung ausgeschlossen werden. Es wird aber auch hier in Ermangelung einer bezüglichen Bestimmung regelmäßig anzunehmen sein, daß der Ausschluß stillschweigend vereinbart ist.

[45]) Um zu diesem Ergebnisse zu gelangen, bedarf es weder der Heranziehung des § 419 (Cosack II § 268 Anm. 30) noch der Annahme einer Vereinbarung (Gierke a. a. O. S. 36 Anm. 91). Die Haftung mit dem Antheil am Vereinsvermögen hört nicht dadurch auf, daß der Antheil dem Mitglied ausgeantwortet wird. Auch wenn, ohne daß eine Auseinandersetzung stattfindet, das Vermögen des aufgelösten Vereins auf einen Anderen übertragen wird, bleiben die Mitglieder in Höhe ihres bisherigen Antheils am Vereinsvermögen haftbar. In der Regel wird in einer solchen Uebertragung ein Vertrag zu finden sein, durch welchen der Uebernehmer des Vermögens den Gläubigern das unmittelbare Recht einräumt, von ihm Befriedigung zu fordern (§ 328). Ist dies nicht der Fall, so besteht ein Anspruch der Gläubiger gegen den Uebernehmer nicht. § 419 kann hier nicht Anwendung finden, da es sich nicht um Uebertragung des Vermögens einer Person handelt. Ebenso Planck Anm. 2 zu § 736. Für Anwendung des § 419 Gierke a. a. O. S. 36, Anm. 92.

fähige Stiftung eine Veranstaltung, welcher die Fähigkeit, Rechtssubjekt zu sein, nach Maßgabe des positiven Rechtes beigelegt ist[1]). Stiftungen im Rechtssinne[2]) sind danach nicht

1. die häufig als Stiftungen bezeichneten Zuwendungen an ein bestehendes Rechtssubjekt, die zwar für bestimmte Zwecke verwendet und einer besonderen Organisation unterworfen werden sollen, ohne daß jedoch die Schaffung eines neuen Rechtssubjekts vom Zuwendenden beabsichtigt ist. Hier liegt nicht eine Stiftung im Sinne der §§ 80 ff., sondern eine Schenkung oder eine letztwillige Zuwendung unter einer Auflage vor (§§ 525 ff., 1940, 2192 ff.). Die Zuwendung wird ein Bestandtheil des Vermögens des bereits bestehenden Rechtssubjekts[3]).

2. die Zusammenbringung von Vermögen für einen vorübergehenden Zweck durch öffentliche Sammlung (vergl. § 1914)[4]). Hier werden die Beiträge bis zu ihrer Verwendung regelmäßig Eigenthum der Beitragenden bleiben, die durch die Zahlung ein Schuldverhältniß mit den Sammlern begründen, dessen Inhalt sich nach den Umständen des einzelnen Falles bestimmt[5]).

---

[1]) Vergl. über den Begriff der Stiftung im Uebrigen oben S. 47 ff., S. 50 ff., über „Anstalten" neben den Vereinen und Stiftungen S. 51 Anm. 2 und 3. — Das Vermögen der Stiftung gehört der mit Rechtsfähigkeit ausgestatteten Veranstaltung, nicht, wie z. B. Rehbein Anm. 1 zu §§ 80 ff. annimmt, dem Zwecke, dem das Vermögen gewidmet ist. Ein Zweck kann kein Vermögen haben. — Eine nicht rechtsfähige Stiftung kann zwar thatsächlich bestehen (siehe oben S. 48 Anm. 6), sie bietet aber, anders als der nicht rechtsfähige Verein (§ 54), rechtlich keine Besonderheiten. Wenn A. ein Krankenhaus errichtet und es mit dem erforderlichen Vermögen und einer besonderen Organisation ausstattet, so liegt thatsächlich eine Stiftung vor, Träger der das Krankenhaus betreffenden Rechte und Pflichten ist aber A., solange die Stiftung nicht die Rechtsfähigkeit erlangt hat.

[2]) Zur Terminologie ist zu bemerken: Unter Stiftung im Rechtssinn ist nicht der Stiftungsakt, das Stiftungsgeschäft, sondern die errichtete Stiftung zu verstehen. Ausdrücklich von „rechtsfähiger Stiftung" spricht das BGB. nur am Anfange des § 80, während sonst nur von „Stiftung" die Rede ist. Ob darunter die rechtsfähige oder die noch nicht genehmigte, also nicht rechtsfähige Stiftung zu verstehen ist, ist aus dem Zusammenhange zu entnehmen. In den §§ 80, 85—88 bedeutet „Stiftung" die rechtsfähige, in den §§ 84, 2043 Abs. 2 die noch nicht rechtsfähige, im § 82 S. 1 zunächst die nicht rechtsfähige, sodann, ebenso wie im S. 2, die rechtsfähige Stiftung. — Daß die §§ 80 ff. nur von privatrechtlichen Stiftungen handeln, ist bereits oben S. 52 unter 5 erwähnt. Eine privatrechtliche Stiftung ist diejenige, „welche auf einem Privatrechtsgeschäfte beruht, es müßte denn sein, daß sie nach ihrer besonderen Beschaffenheit dem Organismus des Staates oder der Kirche dergestalt eingefügt sei, daß sie aus diesem Grunde unter die Kategorie der öffentlichrechtlichen Stiftungen fällt." Prot. I S. 586.

[3]) B. überweist der Korporation der Kaufmannschaft von Berlin 100000 M., welche als „B.'sche Stiftung" besonders verwaltet und deren Zinsen nach der Bestimmung des Aelteiten-Kollegiums zur Unterstützung stellungsloser Handlungsgehülfen verwendet werden sollen. C. errichtet bei einer Universität mit einem Kapitale von 50000 M. eine „Freitisch-Stiftung für unbemittelte Studierende", welche von einem aus dem jedesmaligen Rektor und den Dekanen bestehenden Kuratorium verwaltet werden soll. D. setzt die Stadt X. als Erbin ein mit der Maßgabe, daß sein Vermögen als „D.'sche Stiftung" von der Armen-Direktion verwaltet und die Zinsen an seinem Todestag an verschämte Arme vertheilt werden sollen. In diesen Fällen liegen eigentliche Stiftungen nicht vor, die Zuwendungen werden Eigenthum der Korporation der Kaufmannschaft, der Universität, der Stadt X. Unrichtig ist die Bemerkung von Riedel S. 216, daß diese „fiduziarischen Stiftungen" durch den einseitigen Akt der Kreation entstehen. Liegt eine Schenkung vor, so ist ein Vertrag erforderlich (§ 516). Bei letztwilligen Zuwendungen finden die für diese geltenden Grundsätze Anwendung. — Vergl. Planck Anm. 4 vor § 80, Kuhlenbeck Anm. 1 zu § 80, Rehbein Anm. 1 zu §§ 80 ff., Cosack I § 36 unter 7, Riedel S. 215 und §§ 73 ff. II, 6 ALR.

[4]) Sammlung zur Errichtung eines Denkmals, zur Vertheilung an Nothleidende, zum Bau einer Kirche und dergl.

[5]) Planck Anm. 4 vor § 80.

II. Zur Entstehung einer rechtsfähigen Stiftung sind ein Stiftungsgeschäft und die staatliche Genehmigung erforderlich (§ 80)[6].

§ 80. 1. Das Stiftungsgeschäft ist eine einseitige Willenserklärung des Inhalts, daß der Stifter eine rechtsfähige Stiftung errichten wolle[7]. Im Einzelnen ist über das Stiftungsgeschäft zu bemerken:

a) Das Stiftungsgeschäft kann in einem Rechtsgeschäft unter Lebenden oder in einer Verfügung von Todeswegen bestehen (vergl. §§ 81 Abs. 2, 83). Als Rechtsgeschäft unter Lebenden kann es in einem einseitigen Rechtsgeschäft oder in einem Vertrag, als Verfügung von Todeswegen in einem Testament oder in einem Erbvertrag enthalten sein. An der einseitigen Natur des Stiftungsgeschäfts als solchen wird dadurch nichts geändert, daß es den Bestandtheil eines Vertrags bildet[8]).

b) Für die Fähigkeit zur Vornahme eines Stiftungsgeschäfts gelten die allgemeinen Grundsätze über die Geschäftsfähigkeit, beziehungsweise über die Fähigkeit zur Errichtung von Verfügungen von Todeswegen.

§ 81 Abs. 1. c) Das Stiftungsgeschäft unter Lebenden bedarf der schriftlichen (§ 81 Abs. 1)[9]), das von Todeswegen der für die Verfügungen von Todeswegen vorgeschriebenen Form.

d) Ueber den Inhalt des Stiftungsgeschäfts enthält das BGB. keine Bestimmungen. Insbesondere bestehen keine Vorschriften, welche den für die Satzungen eingetragener Vereine in den §§ 57, 58 getroffenen entsprechen. Das Stiftungsgeschäft muß den Willen des Stifters zum Ausdrucke bringen, eine rechtsfähige Stiftung zu einem bestimmten Zwecke zu schaffen. Im Uebrigen wird es regelmäßig die Zusicherung gewisser Vermögensobjekte (§ 82) und die Organisation der Stiftung enthalten, insbesondere die in Folge der Willens- und Handlungsunfähigkeit der Stiftung[10]) erforderliche Anordnung einer Vertretung. Das Fehlen dieser Bestimmungen macht das Stiftungsgeschäft aber nicht unwirksam[11]). Der Mangel der Organisation ist bei der Genehmigung von der genehmigenden Behörde zu ergänzen[12]).

e) Das Stiftungsgeschäft ist wirksam, d. h. es ist im Stande, in Verbindung mit der staatlichen Genehmigung die rechtsfähige Stiftung zur Entstehung zu

---

[6]) Eine Vermögenszuwendung ist für die Entstehung der Stiftung an sich nicht erforderlich, wenn sie auch meist mit ihr verbunden sein wird. Sie wird aber weder durch das Gesetz noch durch den Begriff der Stiftung erfordert. Es steht z. B. nichts im Wege, daß A., B. und C. eine Stiftung „Pensionskasse für die Angehörigen deutscher Bühnen“ errichten, und daß diese Stiftung staatlich genehmigt wird, obwohl sie Vermögen erst in Zukunft durch Aufführungen zu Gunsten der Kasse und durch möglicher Weise später erfolgende Zuwendungen erlangen soll. A. M. M. I S. 120—121, Prot. I S. 589—590, Planck Anm. 2 zu § 81, Rehbein Anm. 1 zu §§ 80 ff., Gareis Anm. 7 zu § 80; wie hier Hölder Anm. 4 zu § 80, Leonhard § 38 IV, vergl. auch D. S. 27.

[7]) Vergl. Stintzing, Ueber das Stiftungsgeschäft nach dem BGB. im Archiv f. die civilist. Pr. Bd. 88 S. 392 ff. — Daß nach dem BGB. das Stiftungsgeschäft ein wirksames einseitiges Rechtsgeschäft ist, das Verbindlichkeiten begründen kann (§ 82), ohne daß es der Annahme bedarf, scheint nicht bestritten. Anders für das gemeine Recht RG. Bd. 5 S. 145. Für das preußische Recht vergl. Eccius IV § 285.

[8]) Siehe unten S. 107 Anm. 15. Vergl. auch Endemann I § 49 II, 1.

[9]) Die Entwürfe des BGB. erforderten gerichtliche oder notarielle Beurkundung. Erst die Reichstagskommission hat die einfache Schriftform für genügend erklärt. KB. zu § 78 S. 18.

[10]) Siehe oben S. 49 unter 5.

[11]) Ueber die fehlende Vermögenszuwendung siehe Anm. 6.

[12]) Hölder Anm. 1 zu § 85, Rehbein Anm. 3a zu §§ 80 ff., Kuhlenbeck Anm. 4 zu § 83. Vergl. ALR. § 36 II, 19 und RG. Bd. 19 S. 257.

bringen, sobald es in der vorgeschriebenen Form erklärt ist[13]). Dagegen ist das Stiftungsgeschäft unter Lebenden erst bindend, wenn die zur Entstehung der Stiftung erforderliche Genehmigung ertheilt ist. Bis dahin ist der Stifter zum Widerrufe berechtigt (§ 81 Abs. 2 S. 1)[14]), und zwar auch dann, wenn das Stiftungsgeschäft in einem Vertrag enthalten ist[15]). Durch den Tod des Stifters wird an dem Widerrufsrechte nichts geändert; die Erben können die Stiftung in gleicher Weise widerrufen wie der Stifter selbst. Nur wenn der Stifter das Gesuch bereits bei der zuständigen Behörde eingereicht oder im Falle der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung des Stiftungsgeschäfts das Gericht oder den Notar bei oder nach der Beurkundung mit der Einreichung betraut hatte, ist der Erbe des Stifters zum Widerrufe nicht mehr berechtigt (§ 81 Abs. 2 S. 2)[16]). Die Gebundenheit an ein in einer Verfügung von Todeswegen

§ 81 Abs. 2.

[13]) Es ist zu beachten, daß Stiftungsgeschäft und Genehmigung zwei selbständige Voraussetzungen für die Entstehung der rechtsfähigen Stiftung sind, daß also nicht das Stiftungsgeschäft zu seiner Wirksamkeit, sondern die Stiftung zur Erlangung der Rechtsfähigkeit der Genehmigung bedarf. Mit den Prot. I S. 592, Planck Anm. 4 zu § 81, Stintzing a. a. O. S. 405 davon zu sprechen, daß die Wirksamkeit des Stiftungsgeschäfts von dem Hinzutritte der staatlichen Genehmigung abhängt, ist irreführend. Dies würde dahin führen, dem Stiftungsgeschäfte die Wirksamkeit zu versagen, wenn der Stifter vor Ertheilung der Genehmigung geschäftsunfähig wird oder stirbt, selbst wenn er das Genehmigungsgesuch bereits eingereicht hatte. (§ 130 Abs. 3 findet nicht Anwendung, da es sich nicht um eine einer Behörde gegenüber abzugebende Willenserklärung handelt.) Vergl. dagegen Planck Anm. 1 zu § 81. Die Genehmigung setzt ein bereits wirksames Stiftungsgeschäft voraus.

[14]) An sich sind Willenserklärungen unwiderruflich, sodaß Wirksamkeit eines Geschäfts und Gebundenheit an dasselbe regelmäßig zusammenfallen. Wenn A. dem B. eine Sache zum Kaufe anbietet und B. den Antrag rechtzeitig annimmt, so ist damit das Kaufgeschäft wirksam geworden und A. und B. sind an das Geschäft gebunden. Das BGB. kennt jedoch Ausnahmen von dieser Regel. Es giebt Rechtsgeschäfte, die zwar wirksam, aber nicht bindend sind, d. h. sie sind zwar im Stande, die gewollte rechtliche Wirkung zu erzeugen, der Erklärende ist aber befugt, solange diese Wirkung nicht eingetreten ist, die Erklärung zu widerrufen und dadurch den Eintritt der Wirkung zu verhindern. Als solche Rechtsgeschäfte seien erwähnt der Vertragsantrag, für den der Antragende die Gebundenheit ausgeschlossen hat (§ 145), die Einigung, die der im § 873 Abs. 2 vorgeschriebenen Form entbehrt, das Testament (§ 2253 Abs. 1). C. in Berlin bietet dem D. in Magdeburg hundert Tonnen Hafer bis zum 31. 3. zum Kaufe an, ohne sich an den Antrag gebunden zu halten. Nimmt D. den Antrag am 30. 3. an, so ist der Kauf zu Stande gekommen. Widerruft C. am 29. 3. den Antrag, so kann der Vertragsabschluß durch Annahme des widerrufenen Antrags nicht mehr bewirkt werden. — E. und F. einigen sich mündlich über die Eintragung einer Buchhypothek für F. auf dem Grundstücke des E. Erfolgt auf Grund dieser mündlichen Einigung die Eintragung der Hypothek, so kommt diese zur Entstehung. Hat aber F. vor der Eintragung dem E. mitgetheilt, daß er die Hypothek nicht erwerben wolle, so wird durch die Eintragung in Ermangelung einer Einigung eine wirksame Hypothek nicht begründet. — Wenn G. den H. durch Testament als Erben einsetzt, so wird H. mit dem Tode des G. dessen Erbe. Widerruft G. vorher das Testament, so kann H. auf Grund des in Folge des Widerrufs unwirksamen Testaments nicht Erbe werden. — Hierher gehört auch das Stiftungsgeschäft. J. errichtet schriftlich eine Stiftung und sucht die Genehmigung der zuständigen Behörde nach. Wird die Genehmigung ertheilt, so ist damit eine rechtsfähige Stiftung zur Entstehung gelangt. Hat aber J. vorher das Stiftungsgeschäft widerrufen, so kann, da es nunmehr an einem wirksamen Stiftungsgeschäfte fehlt, die rechtsfähige Stiftung nicht mehr zur Entstehung kommen.

[15]) An der Einseitigkeit des Stiftungsgeschäfts als des auf Errichtung einer rechtsfähigen Stiftung gerichteten Geschäfts wird dadurch nichts geändert, daß sich der Stifter einem Anderen gegenüber zur Errichtung der Stiftung verpflichtet. Hierdurch werden nur obligatorische Verpflichtungen zwischen den Vertragschließenden begründet, bei denen die Folgen der Nichterfüllung sich nach den allgemeinen Grundsätzen über Nichterfüllung von Verträgen richten. Planck Anm. 5 zu § 81, Riedel S. 193 Anm. 1, Rehbein Anm. 3b zu § 80 ff. Die Vorschrift des § 81 Abs. 2 wird dadurch nicht berührt.

[16]) Liegen die Voraussetzungen des § 81 Abs. 2 S. 2 nicht vor, so können die Erben das von ihnen selbst eingereichte Genehmigungsgesuch ebenso jederzeit zurücknehmen, wie

enthaltenes Stiftungsgeschäft bestimmt sich nach den für solche Verfügungen geltenden Vorschriften [17]). Für den Widerruf ist eine Form nicht vorgeschrieben. Er ist eine grundsätzlich nicht empfangsbedürftige Willenserklärung [18]). Nur für den Fall, daß die Genehmigung bereits bei der zuständigen Behörde nachgesucht ist, bestimmt das Gesetz, daß der Widerruf nur dieser gegenüber erklärt werden kann (§ 81 Abs. 2 S. 2).

§ 80. 2. Für die Entstehung rechtsfähiger Stiftungen hat das BGB. das Konzessionssystem [19]) angenommen: [20]) zu dem Stiftungsgeschäfte muß die staatliche Genehmigung hinzukommen (§ 80).

a) Zuständig für die Ertheilung der Genehmigung ist der Bundesstaat, [21]) in dessen Gebiete die Stiftung ihren Sitz haben soll, und wenn die Stiftung ihren Sitz nicht in einem Bundesstaate haben soll, der Bundesrath (§ 80 S. 1 und 2). Als Sitz der Stiftung gilt, wenn nicht ein Anderes bestimmt ist, der Ort, an welchem die Verwaltung geführt wird (§ 80 S. 3). [22])

§ 83. b) Die Genehmigung kann wirksam nur ertheilt werden, wenn ihre Ertheilung von dem Stifter oder einer sonst zuständigen Person oder Behörde nachgesucht wird (vgl. §§ 81 Abs. 2 S. 3, 83), oder wenn sie wenigstens mit deren Einwilligung erfolgt. Schreibt dies das Gesetz auch nicht ausdrücklich vor, so kann es doch keinem Zweifel unterliegen, daß die in erster Reihe auf dem Willen des Stifters beruhende Stiftung nicht ohne oder gar gegen dessen Willen zur Entstehung gelangen kann. [23]) — Das Gesuch ist von dem Stifter oder von einer durch ihn damit betrauten Person oder Behörde (vgl. § 81 Abs. 2 S. 3) einzureichen. Nach dem Tode des Erblassers sind die Erben und

---

dies der Erblasser selbst konnte. Hatte der Stifter den dem Gericht oder dem Notar ertheilten Auftrag vor seinem Tode zurückgenommen, so liegt der Fall des § 81 Abs. 2 S. 2 nicht vor.

[17]) Die Vorschriften des § 81 beziehen sich nur auf das Stiftungsgeschäft unter Lebenden. Wann die Bindung bei einem in einer Verfügung von Todeswegen enthaltenen Stiftungsgeschäft eintritt, bestimmt sich in Ermangelung besonderer Vorschriften nach den allgemeinen Grundsätzen. Hierbei ist folgendes zu beachten: Durch Verfügung von Todeswegen können nur die vom Gesetze zugelassenen Anordnungen getroffen werden (siehe oben S. 97 Anm. 9). Danach kann das in einer Verfügung von Todeswegen enthaltene Stiftungsgeschäft nur darin bestehen, daß die zu errichtende Stiftung als Erbe eingesetzt oder daß ihr ein Vermächtniß zugewendet oder daß die Errichtung der Stiftung als Auflage, angeordnet wird (§§ 1937, 1939—1941, 2278 Abs. 2, 84). Widerrufen werden kann auch demgemäß nur die Erbeinsetzung, die Anordnung des Vermächtnisses oder die Auflage, nicht das Stiftungsgeschäft als solches. Wenn man auch hier von dem Widerrufe des Stiftungsgeschäfts spricht, so ist doch damit der Widerruf der Verfügung von Todeswegen gemeint. Nach den für diese maßgebenden Vorschriften kann ein in einem Testament enthaltenes Stiftungsgeschäft jederzeit (§ 2253, vergl. Anm. 14), ein in einem Erbvertrag enthaltenes nach Maßgabe der §§ 2290 ff. widerrufen werden. Ein Widerruf durch den Erben ist ausgeschlossen (vergl. § 83).

[18]) Der Widerruf kann z. B. in dem Zerreißen der Stiftungsurkunde liegen.

[19]) Siehe oben S. 53.

[20]) Vrgl. hierzu M I. S. 121 ff., Prot. I S. 588, D. S. 28. — Nach § 42 II, 19 ALR. genügte für Armen- und andere Versorgungsanstalten eine stillschweigende Genehmigung. Vergl. aber Gesetz vom 13. 5. 1833 § 5 und Gesetz vom 23. 2. 1870 § 1.

[21]) In Preußen ist die Genehmigung des Königs erforderlich. Das Gesuch ist bei dem Regierungspräsidenten einzureichen, in dessen Bezirke die Stiftung ihren Sitz haben soll. Verordnung vom 16. 11. 1899 Art. 4.

[22]) Vrgl. § 24 und oben S. 60.

[23]) Ebenso Planck Anm. 6 zu § 81, Hölder Anm. 1 zu § 81, Fischer-Henle Anm. 3 zu § 81, a. M. Kuhlenbeck Anm. 4 zu § 80. — Wenn A. dem B. die von ihm errichtete Stiftungsurkunde entwendet und unter Fälschung der Unterschrift des B. die Genehmigung nachsucht, so besteht trotz der Genehmigung eine rechtsfähige Stiftung nicht.

der Testamentsvollstrecker zur Einreichung des Gesuchs berechtigt. Besteht das Stiftungsgeschäft in einer Verfügung von Todeswegen, so ist, da das Stiftungsgeschäft nunmehr unwiderruflich ist[24]), das Nachlaßgericht zur Einholung der Genehmigung verpflichtet, sofern sie nicht von dem Erben oder dem Testamentsvollstrecker nachgesucht wird (§ 83).

c) Ob die Genehmigung zu ertheilen ist, unterliegt dem freien Ermessen der Behörde. Sie hat in erster Reihe zu prüfen, ob in Rücksicht auf das Gemeinwohl die Schaffung eines selbständigen Rechtssubjekts zu rechtfertigen ist.[25]) Sie wird ferner regelmäßig prüfen, ob die Stiftung in zweckentsprechender Weise organisiert ist und wird, wenn sie die Genehmigung ertheilen will, bei etwaigen Beanstandungen auf eine Aenderung des Stiftungsgeschäfts hinwirken und beim Fehlen einer Organisation diese ergänzen.[26])

d) Mit der Genehmigung entsteht die rechtsfähige Stiftung, jedoch nur unter der Voraussetzung, daß ihr ein wirksames Stiftungsgeschäft zu Grunde liegt, und daß sie auf das Gesuch oder doch mit Einwilligung des Stifters oder der sonst für die Nachsuchung der Genehmigung zuständigen Person oder Behörde erfolgt ist.[27]) Hat der Stifter in dem Stiftungsgeschäfte der Stiftung Vermögen zugesichert, so entsteht in dem Zeitpunkte der Entstehung der rechtsfähigen Stiftung, also mit der Genehmigung, die Verpflichtung des Stifters, das Vermögen auf die Stiftung zu übertragen (§ 82 S. 1). Es findet also nicht ein unmittelbarer Vermögensübergang statt, sondern es wird nur von Rechtswegen ein Anspruch auf Uebertragung der einzelnen Vermögensgegenstände begründet. Nur Rechte, zu deren Uebertragung der Abtretungsvertrag genügt (§§ 398, 413[28]), gehen mit der Genehmigung auf die Stiftung über, sofern nicht aus dem Stiftungsgeschäfte sich ein anderer Wille des Stifters ergiebt.[29]) Auf die Gewährleistungspflicht des Stifters finden von dem Zeitpunkte der Genehmigung an die Vorschriften über die Gewährleistungspflicht des Schenkers (§§ 521 bis 524) entsprechende Anwendung.[30]) — Ausnahmsweise gilt die Stiftung, wenn

§ 82.

§ 84.

---

[24]) Siehe oben Anm. 17.

[25]) Vrgl. die in Anm. 20 angezogenen Materialien und KB. zu § 77a E IV S. 18.

[26]) Siehe oben S. 106 bei Anm. 12.

[27]) Siehe oben im Texte S. 106 unter II und S. 108 unter 2b. — Die Genehmigung wirkt konstitutiv, nicht deklaratorisch (anders nach preußischem Rechte, vrgl. Leske S. 48 Anm. 1 und für das BGB. Bendix S. 64 unter 2). Sie erfolgt in Ausübung eines Staatshoheitsrechts, sie ist ein behördlicher Akt, nicht eine privatrechtliche Willenserklärung. Siehe auch oben S. 107 Anm. 13. Von Anwendung des § 184 Abs. 1 kann daher keine Rede sein. — Zwischen der „Genehmigung" des § 80 und der „Verleihung" der §§ 22, 23 besteht ein praktischer Unterschied nicht. Nach Prot. I S. 589 ist die verschiedene Ausdrucksweise gewählt, weil der Verein, dem die Verleihung der Rechtsfähigkeit abgeschlagen wurde, damit noch nicht aufhöre, als Verein fortzubestehen, während die Stiftung bei versagter Genehmigung unwirksam sei. Siehe hierzu S. 105 Anm. 1 und S. 48 Anm. 6.

[28]) Nicht § 1154, da zur Uebertragung von Hypotheken außer dem Abtretungsvertrag über die Forderung Uebergabe des Hypothekenbriefs beziehungsweise Einigung und Eintragung erforderlich sind (Planck Anm. 1 zu § 82). Alle nicht unter § 82 S. 2 fallenden Vermögensgegenstände sind nach den für sie geltenden Vorschriften zu übertragen, z. B. Grundstücke durch Auflassung, bewegliche Sachen nach §§ 929 ff., Hypotheken nach §§ 1153 ff. u. s. w.

[29]) S. 2 des § 82 bildet keine eigentliche Ausnahme von der Regel der S. 1. Es ist anzunehmen, daß der Abtretungsvertrag zwischen dem Stifter und der Stiftung mit deren Genehmigung stillschweigend zu Stande kommt, falls nicht ein anderer Wille des Stifters erhellt.

[30]) Vrgl. E I. § 58 S. 4, Prot. I. S. 593. Die bezügliche Vorschrift des ersten Entwurfes ist nur beseitigt worden, damit sie nicht als argumentum e contrario dafür benutzt werden könne, daß bezüglich anderer Punkte, wie Pflichttheilsrecht, Erbvertrag, die

sie erst nach dem Tode des Stifters genehmigt wird, schon vor der Genehmigung, und zwar als schon vor dem Tode des Stifters entstanden.[31]) Doch gilt dies nur für die Zuwendungen des Stifters, nicht für die eines Dritten (§ 84). Gleichgültig ist es dabei, ob es sich um eine Zuwendung an eine durch ein Stiftungsgeschäft unter Lebenden oder eine durch Verfügung von Todeswegen errichtete Stiftung handelt.[32]) Es sind folgende Fälle zu unterscheiden:

α. Die durch Verfügung von Todeswegen errichtete Stiftung ist von dem Stifter in dieser Verfügung als Erbe eingesetzt oder mit einem Vermächtnisse bedacht. Nach §§ 1923 Abs. 1, 2101 könnte die Stiftung, da sie erst nach dem Erbfalle durch die Genehmigung zur Entstehung gelangt, nur Nacherbe werden, das Vermächtniß könnte ihr nach §§ 2178, 2179 erst mit der Genehmigung anfallen. Nach § 84 gilt aber die Stiftung als schon vor dem Tode des Stifters entstanden (vgl. § 1923 Abs. 2), sodaß bereits mit dem Tode des Stifters die Erbschaft auf sie übergeht (§ 1922 Abs. 1), das Vermächtniß ihr anfällt (§ 2176).[33])

β. Die durch ein Stiftungsgeschäft unter Lebenden errichtete, in diesem mit einer Zuwendung bedachte Stiftung wird erst nach dem Tode des Stifters genehmigt. Die Stiftung gilt auch hier als schon vor dem Tode des Stifters entstanden (§ 84), sodaß die Verpflichtung des Stifters, die zugewendeten Vermögensgegenstände auf die Stiftung zu übertragen, schon zu dessen Lebzeiten entstanden ist und Rechte, zu deren Uebertragung der Abtretungsvertrag genügt, nicht zur Erbschaft des Stifters gehören, weil sie schon vor seinem Tode auf die Stiftung übergegangen sind (§ 82).

γ. Der Stifter setzt die von ihm durch Verfügung von Todeswegen oder durch Stiftungsgeschäft unter Lebenden errichtete, aber vor seinem Tode nicht genehmigte Stiftung durch eine weitere Verfügung von Todeswegen als Erbe ein oder bedenkt sie mit einem Vermächtnisse. Hier gilt das zu *α* Gesagte.

δ. Wenn der Stifter der bis zu seinem Tode nicht genehmigten Stiftung durch ein weiteres Rechtsgeschäft unter Lebenden etwas zugewendet hat, so muß die Stiftung nach dem Wortlaute des § 84 gleichfalls als vor dem Tode des Stifters entstanden gelten. Dies hat aber für den Uebergang der Zuwendung auf die Stiftung keine praktische Folge, weil die Vorschrift des § 82 sich nur auf Zuwendungen durch das Stiftungsgeschäft bezieht, und in Ermangelung einer Sondervorschrift eine Verpflichtung des Stifters oder seiner Erben erst durch die Annahme der Zuwendung durch die genehmigte Stiftung begründet werden,

---

Bestimmungen über die Schenkung auf das Stiftungsgeschäft keine Anwendung finden sollten. Es besteht aber, soweit ersichtlich, Einstimmigkeit darüber, daß die Zuwendung an die Stiftung eine freigebige ist, und daß deshalb die §§ 521 ff. entsprechend anzuwenden sind. — Bis zur Ertheilung der Genehmigung besteht eine Verpflichtung des Stifters nicht (§ 82) und daher auch keine Haftung (vrgl. hierüber insbesondere Planck Anm. 2 zu § 82). Die entgegengesetzte Ansicht von Hölder (Anm. 2 zu § 81), der die §§ 160, 161 auf das Stiftungsgeschäft anwenden will, beruht auf der irrigen Auffassung dieses Geschäfts als eines bedingten (siehe oben S. 107 Anm. 13).

[31]) Die Vorschrift verdankt ihre Entstehung der besonders bei Gelegenheit des Städel'schen Erbfalls erörterten Kontroverse. Vrgl. Windscheid Pand. III § 549 Anm. 3 ff., Regelsberger Pand. § 88 S. 347, Ob. Trib. Bd. 40 S. 78, RG. Bd. 2 No. 229.

[32]) Vergl. Prot. V S. 884.

[33]) Nach § 2043 Abs. 2 ist die Auseinandersetzung von Miterben ausgeschlossen, solange die Erbtheile deshalb noch unbestimmt sind, weil die Entscheidung über die Genehmigung einer vom Erblasser errichteten Stiftung noch aussteht.

eine Uebertragung von Rechten nur nach den allgemeinen Vorschriften erfolgen kann.[34])

ε. Wenn nicht der Stifter, sondern ein Dritter der noch nicht genehmigten Stiftung durch Verfügung von Todeswegen etwas zuwendet, so finden die Vorschriften der §§ 2101 Abs. 2, 2178, 2179 Anwendung.

e) Wird die Genehmigung versagt, so kommt die rechtsfähige Stiftung nicht zur Entstehung. Die Wirksamkeit des Stiftungsgeschäfts unter Lebenden wird aber durch die Versagung nicht berührt. Es kann, wenn auf Grund eines wiederholten Gesuchs die Genehmigung erfolgt, noch zur Entstehung der Stiftung führen [35]). Dagegen ist es als dem Willen des Erblassers entsprechend anzusehen, daß das in einer Verfügung von Todeswegen bestehende Stiftungsgeschäft mit der Versagung der Genehmigung seine Wirksamkeit verlieren solle [36]).

III. Die Verfassung einer Stiftung wird durch das Stiftungsgeschäft [37]) bestimmt, soweit sie nicht auf Reichs- oder Landesgesetz beruht (§ 85). Hiernach kommen für die Verfassung der Stiftung in erster Reihe zwingende Reichsgesetze (§ 86), sodann zwingende Landesgesetze (Preuß. AG. Artt. 2, 4), an dritter Stelle das Stiftungsgeschäft, an vierter die ergänzenden Landesgesetze, an letzter das ergänzende Reichsrecht [38]) zur Anwendung. Im Einzelnen gilt folgendes: **§ 85.**

1. Nach Reichsrecht muß jede Stiftung einen Vorstand haben, für den die Vorschriften des § 26 gelten (§ 86). Er kann aus einer oder aus mehreren Personen bestehen. Er vertritt die Stiftung gerichtlich und außergerichtlich und hat die Stellung eines gesetzlichen Vertreters. Der Umfang seiner Vertretungsmacht kann durch die Verfassung (§ 85) mit Wirkung gegen Dritte beschränkt werden. Die Zusammensetzung des Vorstandes und die Art seiner Bestellung werden regelmäßig durch die Verfassung bestimmt werden. Ist dies nicht der Fall, so kann die Bestellung durch die Aufsichtsbehörde erfolgen [39]). In dringenden Fällen findet eine Bestellung der erforderlichen Vorstandsmitglieder durch das Amtsgericht, in dessen Bezirke die Stiftung ihren Sitz hat, nach Maßgabe des § 29 statt (§ 86). Auch die Vorschriften der §§ 27 Abs. 3 und 28 finden auf den Vorstand der Stiftung entsprechende Anwendung [40]), §§ 27 Abs. 3 und § 28 Abs. 1 jedoch nur insoweit, als sich nicht aus der Verfassung ein Anderes ergiebt (§ 86 S. 1). — Vielfach kommt es vor, daß der Vorstand einer privatrechtlichen Stiftung nach deren Verfassung eine öffentliche Behörde ist [41]). In diesem Falle ist mit Rücksicht darauf, daß sich Stellung und Organisation öffentlicher Behörden nach staatsrechtlichen Normen bestimmen, die Anwendung der §§ 28 Abs. 2 und 29 ausgeschlossen (§ 86 S. 2). Die Vorschriften der **§ 86.**

---

[34]) So zutreffend Hölder Anm. 2 zu § 84. — Riedel S. 212 Anm. gelangt zu unhaltbaren Ergebnissen, indem er von der irrigen Ansicht ausgeht, daß § 84 eine Vorschrift über die Art und Weise des Vermögensüberganges enthalte.

[35]) Planck Anm. 7 zu § 81, Kuhlenbeck Anm. 3 zu § 84, Hölder Anm. 4 zu § 81, a. M. Rehbein Anm. 3, b zu §§ 80 ff.

[36]) Vergl. hierzu Planck Anm. 3 zu § 84.

[37]) Siehe oben S. 106 unter d und S. 109 Anm. 26.

[38]) Siehe oben S. 32.

[39]) Siehe oben S. 51 Anm. 6. Vergl. § 39 II, 19 ALR.

[40]) Näheres über die im § 86 für anwendbar erklärten Vorschriften der §§ 26—29 siehe oben S. 73 ff.

[41]) Eine Staats- oder Kommunalbehörde, Universität, Kirchenbehörde oder dergl. — Siehe oben S. 74 Anm. 12. Wenn im § 86 davon die Rede ist, daß die Verwaltung der Stiftung von einer öffentlichen Behörde geführt wird, so heißt dies, daß die öffentliche Behörde den Vorstand der Stiftung bildet, da Vorstand dasjenige Organ ist, welches die Verwaltung führt (siehe oben S. 76 Anm. 23). Vergl. auch D. S. 29.

§§ 27 Abs. 3 und 28 Abs. 1 sind, auch wenn die Verfassung eine ausdrückliche entgegengesetzte Bestimmung nicht enthält, schon dann nicht anzuwenden, wenn sich daraus, daß die Verwaltung der Stiftung von einer öffentlichen Behörde geführt wird, ein Anderes ergiebt (§ 86 S. 1)[42]. — Endlich finden auf alle privatrechtlichen Stiftungen auch die Vorschriften der §§ 30, 31 und 42 Anwendung[43].

2. Die Stiftung hat, anders als der Verein, keine Mitglieder. Diejenigen, für welche die Stiftung etwa bestimmt ist, haben daher an sich weder einen Antheil an der Verwaltung noch ein Recht zum Genusse der Stiftung. Jedoch können durch das Stiftungsgeschäft Rechte Dritter bezüglich der Verwaltung und des Genusses des Stiftungsvermögens begründet werden. Solche Rechte auf den Genuß des Stiftungsvermögens sind aber keine Mitglieds-, sondern Gläubigerrechte[44].

§ 87. 3. Ob eine Aenderung der Verfassung zulässig ist, und in welcher Weise sie erfolgen kann, bestimmt die Verfassung selbst. Doch kann, wenn die Erfüllung des Stiftungszwecks unmöglich geworden ist oder wenn sie das Gemeinwohl gefährdet, die zuständige Behörde[45] der Stiftung eine andere Zweckbestimmung geben und hierbei die Verfassung der Stiftung ändern, soweit die Umwandlung des Zweckes es erfordert (§ 87 Abs. 1, Abs. 2 S. 2). Bei der Umwandlung ist die Absicht des Stifters thunlichst zu berücksichtigen, insbesondere dafür Sorge zu tragen, daß die Erträge des Stiftungsvermögens dem Personenkreise, dem sie zu Statten kommen sollten, im Sinne des Stifters thunlichst erhalten bleiben (§ 87 Abs. 2 S. 1). Vor der Umwandlung des Zweckes und der Aenderung der Verfassung soll der Vorstand der Stiftung gehört werden (§ 87 Abs. 3)[46].

IV. Das Erlöschen der Stiftung richtet sich in erster Reihe nach den Vorschriften des BGB.[47], in zweiter Reihe kommen die Bestimmungen der Verfassung in Betracht[48].

1. Unter den oben unter 3 erwähnten Voraussetzungen kann die zuständige Behörde[45] die Stiftung, statt ihr eine andere Zweckbestimmung zu geben, nach ihrem Ermessen auch aufheben (§ 87 Abs. 1). Eine vorherige Anhörung des Vorstandes ist in diesem Falle nicht vorgeschrieben (vergl. § 87 Abs. 3).

---

[42]) Vergl. Prot. I S. 600 ff.

[43]) Ueber diese Vorschriften siehe oben S. 80 ff., S. 87.

[44]) So zutreffend Cosack I § 36 unter 4. Vergl. ferner Prot. I S. 596 ff., Rehbein Anm. 6 zu §§ 80 ff., Kuhlenbeck Anm. 3 zu § 88, RG. Bd. 9 S. 206.

[45]) In Preußen der König. Verordn. vom 16. 11. 1899 Art. 5 Abs. 2.

[46]) Nach der zwingenden Vorschrift des Art. 4 Preuß. AG. kann ohne Rücksicht auf etwaige Bestimmungen der Verfassung deren Aenderung jederzeit durch Beschluß des Vorstandes mit staatlicher Genehmigung erfolgen. Näheres hierüber siehe Stranz-Gerhard zu Art. 4 Preuß. AG. Nach Art. 5 Abs. 1 der Verordnung vom 16. 11. 1899 ist die Genehmigung des Königs erforderlich, wenn die Verfassung in Ansehung des Zweckes geändert werden soll. Bei sonstigen Aenderungen genügt die Genehmigung der Aufsichtsbehörde. — Die Vorschrift des § 87 BGB. geht der des Art. 4 Preuß. AG. vor (siehe oben im Texte S. 111 unter III).

[47]) Die Entwürfe des BGB. überließen die Bestimmungen über das Erlöschen der Stiftungen dem Landesrecht (E. IV des EG. Art. 85). § 87 rührt von der Reichstagskommission her. Vergl. M. I S. 124, Prot. I S. 605, 606, D. S. 29, KB. zu §§ 89, 83a S. 19.

[48]) Hieraus ergiebt sich nach § 85 die Zuständigkeit der Landesgesetze, vorbehaltlich der Vorschrift des § 87 Bestimmungen über die Aufhebung von Stiftungen zu treffen. Nach Art. 4 Preuß. AG. kann die Aufhebung der Stiftung durch Beschluß des Vorstandes mit staatlicher Genehmigung erfolgen. Nach Art. 5 Abs. 1 der Verordn. vom 16. 11. 1899 ist die Genehmigung des Königs erforderlich.

2. Nach den §§ 86, 42 Abs. 1 verliert die Stiftung durch die Eröffnung des Konkurses die Rechtsfähigkeit, so daß sie als rechtsfähige Stiftung erlischt.

3. Mit dem Erlöschen der Stiftung fällt das Vermögen an die in der Verfassung bestimmten Personen [49]. Fällt das Vermögen an den Fiskus, so finden die Vorschriften des § 46 entsprechende Anwendung. Der Fiskus hat die Stellung eines gesetzlichen Erben der Stiftung (§ 46 S. 1). Er hat das Vermögen thunlichst in einer den Zwecken der Stiftung entsprechenden Weise zu verwenden (§ 46 S. 2) [50]. Fällt das Vermögen nicht an den Fiskus, so muß eine Liquidation unter entsprechender Anwendung der §§ 47—53 stattfinden (§ 88) [51] [52]. — § 88.

V. Juristische Personen des öffentlichen Rechtes.

§ 24.

1. Oeffentlichrechtliche juristische Personen sind die auf einem Staatsakte beruhenden sowie diejenigen, welche zwar auf einem Privatrechtsgeschäfte beruhen, aber nach ihrer Beschaffenheit dem Organismus des Staates dergestalt eingefügt — § 89.

---

[49] Da nach § 85 die Verfassung, soweit zwingende reichsgesetzliche Vorschriften nicht vorhanden sind, auf den Landesgesetzen beruht (siehe oben im Texte S. 111 unter III) und die reichsgesetzliche Vorschrift über die Anfallberechtigung (§ 88) nur den Inhalt hat, daß die Anfallberechtigten durch die Verfassung bestimmt werden, so ist die Zuständigkeit der Landesgesetzgebung für eine zwingende Vorschrift über die Anfallberechtigung nicht zu bestreiten. Die Vorschrift des § 88 ist zwar zwingend, aber sie geht dahin, daß die Anfallberechtigten in erster Reihe durch zwingende Landesgesetze und erst dann durch das Stiftungsgeschäft bestimmt werden (§ 85). Dies übersehen Stranz-Gerhard Anm. 9 zu Art. 5 Preuß. AG., nach denen die in der Verfassung bestimmten Anfallberechtigten den durch zwingende Landesgesetze bestimmten vorgehen sollen. Für Preußen ist die Streitfrage ohne Bedeutung, da nach § 2 Abs. 2 Art. 5 Preuß. AG. die Anfallberechtigung in erster Reihe durch die Verfassung bestimmt wird. In Ermangelung einer bezüglichen Bestimmung fällt das Vermögen, wenn die Stiftung von einer Gemeinde oder einer sonstigen Körperschaft des öffentlichen Rechtes errichtet oder verwaltet war, an die Körperschaft, in den übrigen Fällen an den Fiskus (Preuß. AG. Art. 5 § 2 Abs. 1 S. 1). — Der § 88 enthält keine Vorschrift darüber, an wen das Vermögen einer erloschenen Stiftung fallen soll, wenn die Verfassung den Anfallberechtigten nicht bestimmt. § 45 Abs. 3 ist im § 88 nicht für anwendbar erklärt. In Preußen ist durch die eben erwähnte Vorschrift des Art. 5 § 2 des AG. Vorsorge getroffen. Wo es aber auch an einer landesgesetzlichen Bestimmung fehlt, besteht eine Lücke.

[50] Vergl. auch Preuß. AG. Art. 5 § 2 Abs. 1 S. 2.

[51] Näheres über die §§ 46—53 siehe oben S. 91 ff.

[52] Das Preuß. AG. enthält besondere Vorschriften über Familienstiftungen (vergl. ALR. II, 4 §§ 21 ff.), d. h. Stiftungen, die nach der Stiftungsurkunde ausschließlich dem Interesse einer bestimmten Familie oder mehrerer bestimmter Familien dienen. Die Zuständigkeit der Landesgesetzgebung beruht darauf, daß die Genehmigung von Stiftungen, die ihren Sitz in einem Bundesstaate haben, diesem Bundesstaate zusteht (§ 80), und daß die Verfassung der Stiftungen auf den Landesgesetzen beruht, soweit nicht zwingende Reichsgesetze entgegenstehen (§ 85). Zuständig für die Genehmigung einer Familienstiftung ist das Amtsgericht, in dessen Bezirke die Stiftung ihren Sitz haben soll (Preuß. AG. Art. 1 § 1 Abs. 1, vergl. jedoch Abs. 2). Ueber die Prüfungspflicht des Gerichts, das Verfahren und die Rechtsmittel vergl. § 2 des Art. 1. Art. 2 § 1 bestimmt, daß die Aenderung der Verfassung und die Aufhebung der Stiftung durch Familienschluß erfolgen können, und zwar auch dann, wenn sie durch die Stiftungsurkunde oder durch Familienschluß verboten sind. Wie ein Familienschluß zu Stande kommt, wird durch die Stiftungsurkunde oder durch Familienschluß, und soweit durch diese keine Vorschriften gegeben sind, durch die §§ 2—13 des Art. 2 bestimmt (§ 14 Art. 2. Das Gesetz vom 15. 2. 1840 ist, soweit es sich auf Familienstiftungen bezieht, aufgehoben, Preuß. AG. Art. 89 Nr. 11). — Familienstiftungen unterliegen nicht der Erwerbsbeschränkung des Art. 7 § 1 Abs. 1 Preuß. AG. (Abs. 2 daselbst).

§§ 27 Abs. 3 und 28 Abs. 1 sind, auch wenn die Verfassung eine ausdrückliche entgegengesetzte Bestimmung nicht enthält, schon dann nicht anzuwenden, wenn sich daraus, daß die Verwaltung der Stiftung von einer öffentlichen Behörde geführt wird, ein Anderes ergiebt (§ 86 S. 1) [42]. — Endlich finden auf alle privatrechtlichen Stiftungen auch die Vorschriften der §§ 30, 31 und 42 Anwendung [43].

2. Die Stiftung hat, anders als der Verein, keine Mitglieder. Diejenigen, für welche die Stiftung etwa bestimmt ist, haben daher an sich weder einen Antheil an der Verwaltung noch ein Recht zum Genusse der Stiftung. Jedoch können durch das Stiftungsgeschäft Rechte Dritter bezüglich der Verwaltung und des Genusses des Stiftungsvermögens begründet werden. Solche Rechte auf den Genuß des Stiftungsvermögens sind aber keine Mitglieds-, sondern Gläubigerrechte [44].

§ 87. 3. Ob eine Aenderung der Verfassung zulässig ist, und in welcher Weise sie erfolgen kann, bestimmt die Verfassung selbst. Doch kann, wenn die Erfüllung des Stiftungszwecks unmöglich geworden ist oder wenn sie das Gemeinwohl gefährdet, die zuständige Behörde [45] der Stiftung eine andere Zweckbestimmung geben und hierbei die Verfassung der Stiftung ändern, soweit die Umwandlung des Zweckes es erfordert (§ 87 Abs. 1, Abs. 2 S. 2). Bei der Umwandlung ist die Absicht des Stifters thunlichst zu berücksichtigen, insbesondere dafür Sorge zu tragen, daß die Erträge des Stiftungsvermögens dem Personenkreise, dem sie zu Statten kommen sollten, im Sinne des Stifters thunlichst erhalten bleiben (§ 87 Abs. 2 S. 1). Vor der Umwandlung des Zweckes und der Aenderung der Verfassung soll der Vorstand der Stiftung gehört werden (§ 87 Abs. 3) [46].

IV. Das Erlöschen der Stiftung richtet sich in erster Reihe nach den Vorschriften des BGB. [47], in zweiter Reihe kommen die Bestimmungen der Verfassung in Betracht [48].

1. Unter den oben unter 3 erwähnten Voraussetzungen kann die zuständige Behörde [45] die Stiftung, statt ihr eine andere Zweckbestimmung zu geben, nach ihrem Ermessen auch aufheben (§ 87 Abs. 1). Eine vorherige Anhörung des Vorstandes ist in diesem Falle nicht vorgeschrieben (vergl. § 87 Abs. 3).

---

[42]) Vergl. Prot. I S. 600 ff.

[43]) Ueber diese Vorschriften siehe oben S. 80 ff., S. 87.

[44]) So zutreffend Cosack I § 36 unter 4. Vergl. ferner Prot. I S. 596 ff., Rehbein Anm. 6 zu §§ 80 ff., Kuhlenbeck Anm. 3 zu § 88, RG. Bd. 9 S. 206.

[45]) In Preußen der König. Verordn. vom 16. 11. 1899 Art. 5 Abs. 2.

[46]) Nach der zwingenden Vorschrift des Art. 4 Preuß. AG. kann ohne Rücksicht auf etwaige Bestimmungen der Verfassung deren Aenderung jederzeit durch Beschluß des Vorstandes mit staatlicher Genehmigung erfolgen. Näheres hierüber siehe Stranz-Gerhard zu Art. 4 Preuß. AG. Nach Art. 5 Abs. 1 der Verordnung vom 16. 11. 1899 ist die Genehmigung des Königs erforderlich, wenn die Verfassung in Ansehung des Zweckes geändert werden soll. Bei sonstigen Aenderungen genügt die Genehmigung der Aufsichtsbehörde. — Die Vorschrift des § 87 BGB. geht der des Art. 4 Preuß. AG. vor (siehe oben im Texte S. 111 unter III).

[47]) Die Entwürfe des BGB. überließen die Bestimmungen über das Erlöschen der Stiftungen dem Landesrecht (E. IV des EG. Art. 85). § 87 rührt von der Reichstagskommission her. Vergl. M. I S. 124, Prot. I S. 605, 606, D. S. 29, KB. zu §§ 89, 83a S. 19.

[48]) Hieraus ergiebt sich nach § 85 die Zuständigkeit der Landesgesetze, vorbehaltlich der Vorschrift des § 87 Bestimmungen über die Aufhebung von Stiftungen zu treffen. Nach Art. 4 Preuß. AG. kann die Aufhebung der Stiftung durch Beschluß des Vorstandes mit staatlicher Genehmigung erfolgen. Nach Art. 5 Abs. 1 der Verordn. vom 16. 11. 1899 ist die Genehmigung des Königs erforderlich.

2. Nach den §§ 86, 42 Abs. 1 verliert die Stiftung durch die Eröffnung des Konkurses die Rechtsfähigkeit, so daß sie als rechtsfähige Stiftung erlischt.

3. Mit dem Erlöschen der Stiftung fällt das Vermögen an die in der Verfassung bestimmten Personen [49]). Fällt das Vermögen an den Fiskus, so finden die Vorschriften des § 46 entsprechende Anwendung. Der Fiskus hat die Stellung eines gesetzlichen Erben der Stiftung (§ 46 S. 1). Er hat das Vermögen thunlichst in einer den Zwecken der Stiftung entsprechenden Weise zu verwenden (§ 46 S. 2) [50]). Fällt das Vermögen nicht an den Fiskus, so muß eine Liquidation unter entsprechender Anwendung der §§ 47—53 stattfinden (§ 88) [51]) [52]). § 88.

V. Juristische Personen des öffentlichen Rechtes.

§ 24.

1. Oeffentlichrechtliche juristische Personen sind die auf einem Staatsakte beruhenden sowie diejenigen, welche zwar auf einem Privatrechtsgeschäfte beruhen, aber nach ihrer Beschaffenheit dem Organismus des Staates dergestalt eingefügt § 89.

[49]) Da nach § 85 die Verfassung, soweit zwingende reichsgesetzliche Vorschriften nicht vorhanden sind, auf den Landesgesetzen beruht (siehe oben im Texte S. 111 unter III) und die reichsgesetzliche Vorschrift über die Anfallberechtigung (§ 88) nur den Inhalt hat, daß die Anfallberechtigten durch die Verfassung bestimmt werden, so ist die Zuständigkeit der Landesgesetzgebung für eine zwingende Vorschrift über die Anfallberechtigung nicht zu bestreiten. Die Vorschrift des § 88 ist zwar zwingend, aber sie geht dahin, daß die Anfallberechtigten in erster Reihe durch zwingende Landesgesetze und erst dann durch das Stiftungsgeschäft bestimmt werden (§ 85). Dies übersehen Stranz-Gerhard Anm. 9 zu Art. 5 Preuß. AG., nach denen die in der Verfassung bestimmten Anfallberechtigten den durch zwingende Landesgesetze bestimmten vorgehen sollen. Für Preußen ist die Streitfrage ohne Bedeutung, da nach § 2 Abs. 2 Art. 5 Preuß. AG. die Anfallberechtigung in erster Reihe durch die Verfassung bestimmt wird. In Ermangelung einer bezüglichen Bestimmung fällt das Vermögen, wenn die Stiftung von einer Gemeinde oder einer sonstigen Körperschaft des öffentlichen Rechtes errichtet oder verwaltet war, an die Körperschaft, in den übrigen Fällen an den Fiskus (Preuß. AG. Art. 5 § 2 Abs. 1 S. 1). — Der § 88 enthält keine Vorschrift darüber, an wen das Vermögen einer erloschenen Stiftung fallen soll, wenn die Verfassung den Anfallberechtigten nicht bestimmt. § 45 Abs. 3 ist im § 88 nicht für anwendbar erklärt. In Preußen ist durch die eben erwähnte Vorschrift des Art. 5 § 2 des AG. Vorsorge getroffen. Wo es aber auch an einer landesgesetzlichen Bestimmung fehlt, besteht eine Lücke.

[50]) Vergl. auch Preuß. AG. Art. 5 § 2 Abs. 1 S. 2.

[51]) Näheres über die §§ 46—53 siehe oben S. 91 ff.

[52]) Das Preuß. AG. enthält besondere Vorschriften über Familienstiftungen (vergl. ALR. II, 4 §§ 21 ff.), d. h. Stiftungen, die nach der Stiftungsurkunde ausschließlich dem Interesse einer bestimmten Familie oder mehrerer bestimmter Familien dienen. Die Zuständigkeit der Landesgesetzgebung beruht darauf, daß die Genehmigung von Stiftungen, die ihren Sitz in einem Bundesstaate haben, diesem Bundesstaate zusteht (§ 80), und daß die Verfassung der Stiftungen auf den Landesgesetzen beruht, soweit nicht zwingende Reichsgesetze entgegenstehen (§ 85). Zuständig für die Genehmigung einer Familienstiftung ist das Amtsgericht, in dessen Bezirke die Stiftung ihren Sitz haben soll (Preuß. AG. Art. 1 § 1 Abs. 1, vergl. jedoch Abs. 2). Ueber die Prüfungspflicht des Gerichts, das Verfahren und die Rechtsmittel vergl. § 2 des Art. 1. Art. 2 § 1 bestimmt, daß die Aenderung der Verfassung und die Aufhebung der Stiftung durch Familienschluß erfolgen können, und zwar auch dann, wenn sie durch die Stiftungsurkunde oder durch Familienschluß verboten sind. Wie ein Familienschluß zu Stande kommt, wird durch die Stiftungsurkunde oder durch Familienschluß, und soweit durch diese keine Vorschriften gegeben sind, durch die §§ 2—13 des Art. 2 bestimmt (§ 14 Art. 2. Das Gesetz vom 15. 2. 1840 ist, soweit es sich auf Familienstiftungen bezieht, aufgehoben, Preuß. AG. Art. 89 Nr. 11). — Familienstiftungen unterliegen nicht der Erwerbsbeschränkung des Art. 7 § 1 Abs. 1 Preuß. AG. (Abs. 2 daselbst).

sind, daß sie aus diesem Grunde unter die Kategorie der öffentlichrechtlichen juristischen Personen fallen.[1]) Während das BGB. die privatrechtlichen juristischen Personen nur in rechtsfähige Vereine und rechtsfähige Stiftungen eintheilt, nennt es bei den juristischen Personen des öffentlichen Rechtes neben den hier Körperschaften genannten Vereinen und den Stiftungen noch besonders den Fiskus und die Anstalten des öffentlichen Rechtes.[2]) (§ 89, EG. 85, 91, 138.)

2. Die juristischen Personen des öffentlichen Rechtes unterliegen grundsätzlich nicht den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes über juristische Personen. Es ist Aufgabe des öffentlichen Rechtes, sie so zu gestalten, daß sie befähigt sind, durch geeignete Organe, soweit erforderlich, an dem privatrechtlichen Verkehre theilzunehmen.[3]) Das BGB. giebt denn auch, wie bereits oben erwähnt,[4]) für die juristischen Personen des öffentlichen Rechtes nur zwei Bestimmungen.

a) Der Fiskus, die Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechtes haften, ebenso wie die rechtsfähigen Vereine, für den Schaden, den ein verfassungsmäßig berufener Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene zum Schadensersatze verpflichtende Handlung einem Dritten zufügt (§§ 89 Abs. 1, 31).[5]) Die Haftung tritt nur für diejenigen Handlungen ein, welche in Ausübung privatrechtlicher Vertretungsmacht vorgenommen werden, nicht wenn der Beamte in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt durch Vornahme einer zum Schadensersatze verpflichtenden Handlung einen Dritten geschädigt hat.[6]) In diesem Falle richtet sich die Haftpflicht des Staates, der Gemeinden und anderer Kommunalverbände nach den landesgesetzlichen Vorschriften (EG. Art. 77).[7])

b) Soweit bei Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechtes der Konkurs zulässig ist, hat der Vorstand im Falle der Ueberschuldung die Eröffnung des Konkurses zu beantragen. Im Falle der Verzögerung des Antrags haften die Vorstandsmitglieder, denen ein Verschulden zur Last fällt, den Gläubigern für den daraus entstehenden Schaden als Gesammtschuldner (§§ 89 Abs. 2, 42).[8]) Die Zulässigkeit des Konkursverfahrens über das Vermögen von Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechtes richtet sich nach den landesgesetzlichen Vorschriften (EG. zu dem Gesetze betreffend Aenderungen der KO. Art. IV, EG. zur CPO. § 15 Nr. 3).

---

[1]) Siehe oben S. 105 Anm. 2. — Eine Zusammenstellung der hauptsächlichsten juristischen Personen des öffentlichen Rechtes geben Stranz-Gerhard Anm. 29 zu Art. 6 Preuß. AG. In Betracht kommen insbesondere der Fiskus, die Kommunalverbände, die Religionsgesellschaften, Unterrichtsanstalten u. s. w.

[2]) Siehe oben S. 50—51. — Der Fiskus ist besonders erwähnt, weil Zweifel darüber bestehen, ob er zu den Körperschaften oder den Stiftungen oder aber zu keiner von beiden Kategorien gehört, sondern eine juristische Person eigener Art sei (M. I S. 124). — Aehnliche Zweifel bestehen in Ansehung mancher anderer öffentlichrechtlicher juristischer Personen, die man als Anstalten zu bezeichnen pflegt, z. B. Armenanstalten, Unterrichtsanstalten (Prot. I S. 611, D. S. 29).

[3]) Prot. I S. 608, D. S. 30.

[4]) S. 51 unter 2.

[5]) Näheres über § 31 siehe oben S. 80—81.

[6]) Prot. I S. 609 ff., D. S. 29—30.

[7]) Nach Preußischem und gemeinem Rechte besteht eine solche Haftung nicht. RG. Bd. 28 S. 340, Bd. 33 S. 206. Vergl. GVO. § 12. — Die Haftung des Beamten selbst richtet sich nach § 839 (vergl. Preuß. AG. zur GBO. Art. 8). Siehe auch §§ 1674, 1848.

[8]) Ueber § 42 siehe oben S. 87.

Dritter Titel.

Sachen und Rechte.

§ 25. Begriffsbestimmungen.

I. 1. Sachen im Sinne des BGB. sind nur körperliche Gegenstände[1] (§ 90). Rechte und Handlungen sind nicht mit einbegriffen. Zur Bezeichnung von Sachen und Rechten bedient sich das Gesetz des Ausdrucks „Gegenstände" [2]). **§ 90.**

Alle Vorschriften, welche für „Sachen" gegeben sind, beziehen sich demgemäß nur auf körperliche Sachen: das BGB. kennt keinen Besitz von Rechten (§ 854: Besitz einer „Sache"), kein Eigenthum an Rechten (§ 903), kein dingliches Recht an Rechten, mit Ausnahme des Nießbrauchs (§§ 1068, 1085) und des Pfandrechts (§ 1273)[3].

Inhaberpapiere gehören zu den Sachen (daher Besitz des Papiers im § 1081, vergl. §§ 935 Abs. 2, 1006 Abs. 1).

2. Das BGB. kennt daher auch die Sachgesammtheit (universitas facti)[4] als ein besonderes, von den sie bildenden Sachen verschiedenes Rechtsobjekt nicht. Da der Sachinbegriff nur ein ideelles, gedachtes Objekt ist, „Sache" im Sinne des BGB. aber nur eine körperliche Sache bezeichnet, so können die für Sachen gegebenen Vorschriften auf die Sachgesammtheit als solche keine Anwendung finden. Es giebt also keinen Besitz, kein Eigenthum oder sonstiges dingliches Recht an einer Sachgesammtheit als solcher, sondern immer nur an den einzelnen, die Gesammtheit bildenden Sachen. Wenn in dem § 1035 von dem „Nießbrauch an einem Inbegriffe von Sachen" und in den §§ 1085 ff. von dem „Nießbrauch an einem Vermögen" die Rede ist, so ist darunter der Nießbrauch an den einzelnen zum Inbegriff oder dem Vermögen gehörigen Gegenständen gemeint.

3. Ebenso ist es mit der Rechtsgesammtheit (universitas juris). Auch sie ist keine „Sache" im Sinne des BGB., da sie nur ein fingierter Begriff ist; sie unterliegt also als solche, als eine Einheit, nicht den Vorschriften des Sachenrechts (Vermögen:[5] §§ 311, 419; Nachlaß: § 312; Erbschaft: § 1922; Gesell-

---

[1]) Daß für den Begriff der Sache ihr Aggregatzustand gleichgültig ist, versteht sich von selbst. Gase sind Sachen im Sinne des BGB. Dagegen sind bloße Eigenschaften und Kräfte der Sachen für sich keine Sachen. Auch die Elektrizität, die elektrische Kraft, der elektrische Strom ist keine Sache. (A. M. Dernburg III § 1 Ziffer 3.) Es kann aber der elektrische Strom, wie jedes einen Vermögenswerth besitzende wirthschaftliche Gut, Gegenstand eines Kaufes sein. Vergl. das Nähere über den Gegenstand eines Kaufes in der Lehre vom Kaufe. Vergl. ferner RG. Bd. 17 S. 269 ff., Rehbein Anm. 2b zu §§ 90—103.

[2]) Vergl. besonders den § 434, in welchem die im § 433 einzeln aufgeführten „Sache" und „Recht" mit dem Ausdrucke „Gegenstand" zusammengefaßt sind; ferner § 581: Pacht eines Gegenstandes, also auch eines Rechtes, dagegen § 535 „vermiethete Sache", § 504, Vorkauf auch bei Rechten; §§ 161, 752, 1376 Nr. 3, 2154 u. a. m.

[3]) Vergl. auch § 96 (Rechte als Bestandtheile eines Grundstücks), § 1033 (Ersitzung des Nießbrauchs an einer beweglichen Sache), §§ 1008 ff. (Eigenthum zu Bruchtheilen), § 1114 (Hypothek an einem Bruchtheile), § 864 Abs. 2 CPO. (Zwangsvollstreckung in den Bruchtheil eines Grundstücks), obwohl der Bruchtheil, der ideelle Antheil, kein Grundstück, keine Sache im Sinne des Gesetzes ist.

[4]) Sachinbegriffe, die im BGB. erwähnt sind, sind z. B. ein Waarenlager (§ 92 Abs. 2), das Inventar (586 ff., 1048 der Inbegriff der einzelnen Inventarstücke).

[5]) Das Wort „Vermögen" bedeutet im BGB. immer nur den Inbegriff der Aktiva, es wird nicht auch in dem Sinne gebraucht, daß auch das Passiv-Vermögen darunter verstanden wird, und ferner nicht in dem engeren Sinne der Aktiva deducto aere alieno. Die Ansicht Leonhardt's (§ 47), daß das Wort Vermögen im BGB. einen dreifachen Sinn habe, ist nicht zutreffend. Auch im § 1922 wird unter dem Vermögen des Verstorbenen (Erbschaft),

schaftsvermögen: § 718; eingebrachtes Gut: § 1363; Vorbehaltsgut: § 1365; Gesammtgut: 1438 u. s. w.).[6])

4. Wenn sich obligatorische Verpflichtungen auf einen Inbegriff beziehen (z. B. § 311: Vertrag über das gegenwärtige Vermögen; § 260: Verpflichtung zur Herausgabe eines Inbegriffs; § 419: Uebernahme eines Vermögens; § 2371: Erbschaftskauf), so ist in jedem einzelnen Falle durch Auslegung festzustellen, welche einzelnen Sachen und Rechte zu dem Inbegriffe gehören. Die obligatorische Verpflichtung bezieht sich dann auf jeden einzelnen Gegenstand; Besitz und dingliche Rechte müssen an jedem einzelnen Gegenstande besonders erworben werden.[7]) Eine Ausnahme macht vor allem die Erbschaft (§ 1922 „Vermögen als Ganzes"), ferner das gütergemeinschaftliche Vermögen (§ 1438; vgl. auch §§ 46, 88); in diesen Fällen findet eine Universalsuccession statt, eine Nachfolge in den ganzen Inbegriff als Einheit, ohne daß die einzelnen Gegenstände besonders erworben werden müssen.

II. 1. Das BGB. bedient sich des Ausdrucks „persönliches Recht" nicht; es bezeichnet die Obligation mit dem Ausdrucke „Schuldverhältniß" und bestimmt im § 241, daß auf Grund eines Schuldverhältnisses der Gläubiger berechtigt ist, von dem Schuldner eine Leistung, die auch in einem Unterlassen bestehen kann, zu fordern. Es werden also durch ein Schuldverhältniß lediglich persönliche Beziehungen zwischen zwei bestimmten Personen, dem Gläubiger und dem Schuldner, begründet. — Ein Recht zur Sache, wie das preußische Recht,[8]) kennt das BGB. nicht. Durch das Schuldverhältniß erlangt der Gläubiger nur das persönliche Recht, von dem Schuldner zu fordern, daß er leiste. Zum Gegenstande der Leistung selbst tritt der Gläubiger noch in keinerlei rechtliche Beziehung. Verfügungen, die der Schuldner über diesen Gegenstand trifft, sind also rechtsgültig, und der Dritte erwirbt das Recht an dem Gegenstande der Leistung selbst dann, wenn er zur Zeit des Erwerbes das persönliche Recht des Gläubigers gekannt hat.[9]) Zu beachten ist jedoch, daß ein blos persönlicher Anspruch auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstück oder an einem Rechte, welches das Grundstück

---

welches als Ganzes auf den Erben übergeht, nur der Inbegriff der Aktiva gemeint. Deshalb ist die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten im § 1967 besonders ausgesprochen. (Vergl. Prot. V S. 650 „. . . wohl aber müsse man bezüglich der Verbindlichkeiten den Uebergang ausdrücklich bestimmen, denn zu einem Vermögen als Ganzem gehörten die Aktiva, nicht aber die Passiva; diese seien eine Last, nicht aber Bestandtheile der Erbschaft.") Daß ferner unter dem Vereinsvermögen im § 45 nur die Aktiva verstanden sind, erhellt aus den weiteren Vorschriften, insbesondere aus § 49 („die Forderungen einzuziehen, das übrige Vermögen in Geld umzusetzen"). Ebenso ist es mit dem Begriffe des Gesellschaftsvermögens, wie die Definition des § 718 Abs. 1 klar ergiebt.

[6]) Eine eigenthümliche Rechtsgesammtheit ist die sog. Bahneinheit des preußischen Ges. betr. das Pfandrecht an Privateisenbahnen u. s. w. vom 19. August 1895 (GS. S. 499), welches durch EG. Art. 112 aufrecht erhalten ist. Da nach § 4 auch Forderungen und Ansprüche zur Bahneinheit gehören, so kann man sie nicht mit Dernburg (III § 284) als eine Sachgesammtheit bezeichnen. Die Eigenthümlichkeit besteht besonders darin, daß die Bahneinheit einen Gegenstand des unbeweglichen Vermögens bildet.

[7]) Wenn Jemand eine Bibliothek verkauft, so ist durch Auslegung festzustellen, welche einzelnen Werke und Bücher verkauft worden sind. Wenn er das Eigenthum an der verkauften Bibliothek dem Käufer überträgt, so erlangt dieser das Eigenthum nur an den einzelnen Büchern, die ihm übergeben worden sind. Streng genommen kann überhaupt nicht das Eigenthum an einer Bibliothek, sondern immer nur an einzelnen Büchern übertragen werden.

[8]) ALR. § 124 I 2, § 25 I 10, §§ 4—6 I 19. Vgl. Dernburg III § 62.

[9]) Wohl aber kann unter besonderen Umständen gegen den Dritten ein Schadensersatzanspruch aus § 826 begründet sein. Vgl. Dernburg III § 62 Ziffer 4.

belastet, durch Eintragung einer Vormerkung gesichert werden kann (§§ 883, 888; § 24 RO.).

2. Im Gegensatze zu dem durch ein Schuldverhältniß begründeten obligatorischen, persönlichen Rechte ergreift das dingliche Recht die Sache selbst, es wirkt der Regel nach absolut, gegen Jeden, der sich mit ihm in Widerspruch setzt. Die Zahl dieser dinglichen Rechte ist im BGB. eine geschlossene.[10]) Es können nur diejenigen dinglichen Rechte begründet werden, welche das Gesetz als solche anerkennt; andere giebt es nicht und können auch nicht durch Parteivereinbarung geschaffen werden.[11]) Die dinglichen Rechte des BGB. sind außer dem Eigenthume: das Erbbaurecht, die Dienstbarkeiten, (Grunddienstbarkeiten, Nießbrauch, beschränkte persönliche Dienstbarkeiten), das Vorkaufsrecht, die Reallasten und das Pfandrecht (nebst Hypothek, Grundschuld und Rentenschuld). Von diesen sind als dingliche Rechte an beweglichen Sachen nur Nießbrauch und Pfandrecht zugelassen. Alle anderen Rechte sind nur persönliche, z. B. Miethe, Pacht.

Die dinglichen Rechte, einschließlich des Eigenthums, werden im BGB. „Rechte an der Sache" genannt; überall, wo dieser Ausdruck gebraucht wird, sind nur dingliche Rechte darunter zu verstehen.

3. Der Erwerb des dinglichen Rechtes vollzieht sich — abgesehen von den Fällen des Erwerbes kraft Gesetzes — durch das auf den Erwerb des dinglichen Rechtes gerichtete abstrakte, dingliche Rechtsgeschäft[12]) verbunden mit dem vom Gesetz aufgestellten formellen Erfordernisse der Eintragung oder Uebergabe[13]) (§§ 873, 929—931, 1205, 1032). Die obligatorische causa spielt für das dingliche Rechtsgeschäft nur die Rolle des Motivs. Die Ungültigkeit oder das gänzliche Fehlen dieses Motivs hindert nicht den Erwerb des dinglichen Rechtes, begründet also keine dingliche Klage auf Rückgabe dessen, was der Erwerber erlangt hat; die Wirkungen des dinglichen Rechtsgeschäfts können vielmehr nur durch einen persönlichen Anspruch aus der ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812 ff.) rückgängig gemacht werden, der — abgesehen von dem Falle des § 822 — nie gegen Dritte geht.

---

[10]) Hierin insbesondere liegt eine tiefeinschneidende Verschiedenheit zwischen dem BGB. und dem preußischen Rechte. In letzterem ist ein dingliches Recht immer dann vorhanden, wenn Jemand, der ein persönliches Recht (zur Sache) hat, auf Grund dieses Rechtes den Besitz der Sache oder die Eintragung in das Grundbuch erlangt. Der Kreis der dinglichen Rechte ist somit nicht durch positives Gesetz beschränkt, sondern jede Berechtigung, welche mit dem Besitze der Sache verbunden ist, hat den Charakter der Dinglichkeit, insbesondere auch Miethe, Pacht, Leihe.

[11]) Im Gebiete des Obligationenrechts besteht grundsätzlich Vertragsfreiheit, im Gebiete des Sachenrechts besteht grundsätzlich keine Vertragsfreiheit. Im ersteren sind daher diejenigen Rechtsgeschäfte besonders erwähnt, die das Recht nicht zuläßt (z. B. §§ 248, 310, 312, 723 Abs. 3, 656 u. s. w.), im letzteren sind umgekehrt die rechtlich zulässigen Rechtsgeschäfte besonders bestimmt (z. B. §§ 1193 Abs. 2, 1245. Vergl. M. III S. 3). Eine weitere Folge ist, daß in der Regel die Vorschriften des zweiten Buches des BGB. dispositiv, die des dritten Buches zwingend sind.

[12]) Auch in der Frage des Erwerbes der dinglichen Rechte weicht das BGB. in grundsätzlicher Weise vom ALR. ab, indem es die Theorie vom Titel und Modus verwirft. Der Titel, d. h. der obligatorische Rechtsgrund, der persönliche Anspruch auf Einräumung des dinglichen Rechtes, ist für den Erwerb des dinglichen Rechtes gleichgültig.

[13]) Als Ausnahme ist besonders zu erwähnen, daß es zur Uebertragung der Hypothek — es sei denn, daß die Ertheilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen war (§ 1154 Abs. 3) — Grundschuld und Rentenschuld, sowie zur Begründung des Pfandrechts und Nießbrauchs an diesen Rechten der Eintragung im Grundbuche nicht bedarf (§§ 873, 1154, 1192, 1199, 1274, 1069).

4. Besonders wichtig für das BGB. ist der Begriff des „Anspruchs".[14]) — Der Anspruch wird im § 194 definiert als das „Recht, von einem Anderen ein Thun oder ein Unterlassen zu verlangen". Der Begriff des Anspruchs setzt also voraus, einmal, daß dem Berechtigten ein Anderer als Verpflichteter gegenüber steht, und ferner, daß das Recht auf das Thun oder Unterlassen bereits erworben ist. Bei Forderungsrechten (relativen Rechten) ist, ihrem Wesen nach, die erste Voraussetzung stets vorhanden und liegt auch die zweite Voraussetzung in der Regel sofort bei der Begründung des Rechtes vor. Dies ist auch dann der Fall, wenn der obligatorische Anspruch auf ein Unterlassen geht; auch hier bedarf es zur Entstehung des Anspruchs nicht erst der Zuwiderhandlung, wie sich aus der Ausnahme-Vorschrift des § 198 Satz 2 ergiebt. Ist jedoch das Recht aufschiebend bedingt oder befristet, so entsteht der Anspruch erst mit dem Eintritte der Bedingung oder des Anfangstermins (§§ 158, 163). — Bei absoluten Rechten (dinglichen, familienrechtlichen, wie elterliche Gewalt, Persönlichkeitsrechten) dagegen entsteht ein Recht „gegen einen Anderen", also ein Anspruch, erst, wenn dieser Andere das Recht beeinträchtigt (vergl. §§ 985, 1004).

Keine Ansprüche sind das Anfechtungsrecht (z. B. §§ 119, 120, 123), das Rücktrittsrecht (§§ 346 ff.), das Widerrufsrecht (z. B. §§ 530, 658, 671), da sie nicht auf ein bestimmtes Verhalten (Thun oder Unterlassen) des anderen Theiles gerichtet sind, ihre Ausübung vielmehr durch einseitige Erklärung des Berechtigten erfolgt (§§ 143, 349, 531). Diese Rechte unterliegen daher nicht der Verjährung, erlöschen aber meist durch Ablauf einer Ausschlußfrist (§§ 121, 124, 355, 532).

Dagegen ist das Verlangen der Wandelung und Minderung ein Anspruch, da es nach § 462 das Recht begründet, vom Verkäufer die Rückgängigmachung des Kaufes oder Herabsetzung des Kaufpreises (also ein Thun) zu verlangen; es unterliegt daher der Verjährung (§ 477).[15])

5. Von den persönlichen Rechten zu unterscheiden sind die sog. Persönlichkeits- oder Individualrechte, d. h. diejenigen Rechte, die einer bestimmten Person als solcher auf Grund ihrer besonderen Eigenschaften und rechtlichen Verhältnisse zustehen,[16]) wie die elterliche Gewalt, das Namensrecht,

[14]) Der Begriff ist vor allem von Wichtigkeit für die Verjährung, da dieser nur Ansprüche im Sinne des Gesetzes unterliegen. Vergl. ferner §§ 809, 2039, 2213. — Der Begriff des Anspruchs in der CPO. (im prozessualen Sinne) ist ein anderer als der im BGB. (im materiellrechtlichen Sinne). In der CPO. bedeutet Anspruch dasjenige, was der Kläger mit der Klage verlangt, fordert, beansprucht, „in Anspruch nimmt", wie § 64 CPO. den Begriff des Anspruchs bezeichnet (vergl. CPO. §§ 5, 145, 146, 147, 253 Nr. 2, 301 u. s. w.).

[15]) Wenig gerecht wird Endemann (I § 7 S. 32, 33) der dem BGB. zu Grunde liegenden Auffassung. Seine Definition, daß Anspruch (in der Lehre von der Verjährung) nichts anderes bedeute, als das materielle Recht zur Klagerhebung, ist zum Mindesten nicht die des Gesetzes; es ist daher nicht zu verwundern, wenn er, von seiner Konstruktion des Begriffs ausgehend, den Gebrauch des Wortes „Anspruch" an manchen Stellen des Gesetzes bedenklich findet. Legt man die oben aus dem Wortlaute des § 194 entwickelte Bedeutung zu Grunde, so ist das Wort Anspruch in den §§ 2039, 852, 898, 931 und, wie oben dargethan, auch im § 477 durchaus dem Begriffe entsprechend gebraucht (vergl. die Rezension der Fischer-Henle'schen Ausgabe des BGB. von Küntzel in Gruchot Bd. 41 S. 432 ff.).

[16]) Ob Leben, körperliche Unversehrtheit, Gesundheit und Freiheit als besondere Rechte betrachtet werden können, ist bestritten. Das BGB. hat daher, um für die Frage der Schadensersatzpflicht bei Verletzung dieser Güter jeden Zweifel auszuschließen, sie dadurch geschützt, daß sie im § 823 besonders hervorgehoben worden sind (M. II S. 728); die Worte „sonstiges Recht" in diesem § beziehen sich nur auf das Eigenthum. Schutz der Ehre s. §§ 823 Abs. 2, 824.

das Firmenrecht, die Gewerbeberechtigungen u. s. w.; es gehören zu ihnen auch die sog. Immaterialrechte, die Rechte auf die geistigen Erzeugnisse, die Urheber- und Erfinderrechte. Diese Persönlichkeitsrechte sind, wie die dinglichen, absolute Rechte, so daß aus ihnen erst mit ihrer Beeinträchtigung ein Anspruch auf Unterlassung und gegebenen Falles auf Schadensersatz entsteht. Das BGB. behandelt von den Persönlichkeitsrechten nur[17]) das Namensrecht (§ 12).

§ 12.

a) Der Schutz des Namensrechts setzt ein Recht zum Gebrauch eines bestimmten Namens voraus. Dieses Recht kann auf den Vorschriften des BGB. (§§ 1355, 1577, 1616, 1706, 1758, 1772 und für juristische Personen §§ 57, 64),[18]) oder auf anderen Gründen, insbesondere auf öffentlichem Rechte (Namensverleihung, Namensänderung) beruhen.[19]) Ein Pseudonym ist nicht geschützt, da es kein Recht zum Gebrauch eines Pseudonyms giebt,[20]) dagegen genießt auch der Vorname den Schutz des § 12, da der Name auch diesen mit umfaßt.[21])

b) Der Schutz des Namensrechts wird durch das Gesetz in zwei Fällen gewährt, einmal, wenn dem Berechtigten der Gebrauch des Namens von einem Anderen, d. h. einer anderen Privatperson,[22]) bestritten wird, und ferner, wenn ein Anderer unbefugt den gleichen Namen gebraucht und dadurch irgend ein Interesse (geschäftliches, familienrechtliches, oder rein persönliches) des Berechtigten verletzt. Ein unbefugter Gebrauch des Namens liegt in jeder Verwendung des Namens, nicht nur zur Bezeichnung der Person, sondern auch zur Bezeichnung von Waaren u. s. w., falls objektiv ein Recht dazu nicht vorliegt.[23]) Daß der Beklagte unbefugt handelt, hat der Kläger zu beweisen.

c) Der Schutz des Gesetzes besteht darin, daß zunächst eine Klage auf Beseitigung der Beeinträchtigung gegeben ist. Im ersteren Falle liegt die Beeinträchtigung in dem bloßen Bestreiten des klägerischen Namensrechts. Daß der Berechtigte irgend einen Nachtheil durch das Bestreiten erlitten hat, ist keine Voraussetzung seines Klagerechts. Die Klage auf Beseitigung der Be-

[17]) Die sog. Immaterialrechte sind durch besondere Reichsgesetze geregelt, deren Vorschriften in Kraft bleiben (EG. Art. 32). Vergl. EG. Art. 74.

[18]) Obwohl § 12 sich nur auf natürliche Personen bezieht, so ist seine analoge Anwendung auf juristische Personen doch unbedenklich. Vgl. Prot. VI S. 115, 116 und oben § 15 Anm. 13.

[19]) Vgl. Ramdohr, das Recht zum Gebrauch eines Namens in Gruchot Bd. 43 S. 28 ff.

[20]) Ebenso Planck Anm. 5 zu § 12, Gareis Anm 3 zu § 12, Rehbein S. 27 Anm. 5, Crome § 30 Anm. 8, Olshausen a. a. O. (s. oben § 15 Anm. 13) S. 41 ff. u. A. A. M.: Eck S. 43, Endemann I § 41 Anm. 5, Hölder Anm. 1 zu § 12 u. A.

[21]) Daß unter „Namen“ im § 12 nicht nur der Familienname zu verstehen ist, ergiebt sich daraus, daß das Gesetz, wo es nur den Familiennamen meint, dies immer besonders ausspricht (§§ 1355, 1577 u. s. w.). Name im § 12 ist ein weiterer Begriff, als Familienname: es gehört jeder Bestandtheil des Namens dazu.

[22]) Wenn eine Behörde durch eine Maßregel in das Namensrecht einer Person eingreift, so ist eine Klage aus § 12 unzulässig.

[23]) Vgl. Planck Anm. 2 zu § 12. A. M. Ramdohr a. a. O. S. 72, welcher den Schutz des § 12 nur gewähren will, wenn ein Anderer unbefugt sich selbst den gleichen Namen beilegt. Daß das Gegentheil gewollt war, ergeben Prot. VI S. 113. Der Wortlaut des Gesetzes zwingt gleichfalls nicht zu dieser einschränkenden Auslegung. Wenn das RG. (Bd. 3 S. 165, Bd. 36 S. 14 ff.) für Art. 27 des alten HGB. entschieden hat, daß die Bezeichnung eines Fabrikats mit der Firma eines Anderen nicht die Klage aus Art. 27 begründe (vergl. Goldmann Anm. 1 unter II 1), so ist zu beachten, daß es in dieser Gesetzesstelle hieß, es könne der Unberechtigte auf Unterlassung der weiteren „Führung“ der Firma belangt werden, also eine Firmenführung vorausgesetzt wurde. Die Fassung des § 12 BGB., ebenso die des § 37 des neuen HGB., ist eine weitere, sie begreift jeden Gebrauch des Namens und der Firma in sich. Vergl. auch Olshausen a. a. O. S. 80 ff.

einträchtigung, der quasinegatorische Anspruch (vgl. § 1004), ist keine Feststellungsklage im Sinne des § 256 CPO. Das Gesetz giebt dem Berechtigten das Recht zu verlangen, daß der Andere die durch das Bestreiten bewirkte Beeinträchtigung wieder beseitige. Was der Beklagte zu diesem Zwecke zu thun hat, ist nach der Lage des einzelnen Falles zu beurtheilen. Hat der Beklagte z. B. dem Kläger das Recht zum Gebrauche des Namens in einer öffentlichen Anzeige (z. B. einer Zeitungsannonce) oder einer bestimmten Person gegenüber bestritten, so kann der Berechtigte von ihm verlangen, daß er die Erklärung in entsprechender Weise widerrufe.[24]) Gegebenen Falles kann die Klage auch darauf gerichtet werden, daß der Beklagte nicht berechtigt ist, dem Kläger den Gebrauch des Namens zu bestreiten. Im zweiten Falle geht die Klage auf Beseitigung aller derjenigen Umstände, in denen der Gebrauch des Namens bestand, z. B. Entfernung des Namens von Schildern, Briefbogen, Waaren &c. Während diese Klagen auf Beseitigung dessen gehen, was der Beklagte bereits gethan hat, kann unter der Voraussetzung, daß auch für die Zukunft noch weitere Beeinträchtigungen zu befürchten sind, schon im Voraus auf Unterlassung dieser weiteren Beeinträchtigungen geklagt werden (§ 890 CPO.). Neben diesen Klagerechten[25]) ist unter den Voraussetzungen des § 256 CPO. die Feststellungsklage — z. B. daß Kläger zum Gebrauche des Namens berechtigt ist — und unter den Voraussetzungen des § 823 die Schadensersatzklage gegeben. Die Bestimmungen sonstiger Reichsgesetze, die einen Schutz des Namens gegen Mißbrauch gewähren, bestehen neben § 12 fort.[26])

§ 26. Bewegliche und unbewegliche Sachen.

1. Das BGB., welches weder den Ausdruck noch eine Begriffsbestimmung der unbeweglichen Sachen hat,[1]) kennt als unbewegliche Sachen im Gegensatze zu den beweglichen Sachen nur die Grundstücke. Jedoch ist zu beachten, daß die Vorschriften über Grundstücke sich mit erstrecken auf die wesentlichen Bestandtheile und auf die unwesentlichen, soweit sie dem Eigenthümer gehören, und ebenso auf das Zubehör, das dem Eigenthümer gehört. Insbesondere werden alle diese Sachen von der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen mit umfaßt, und es unterliegen ferner die wesentlichen Bestandtheile und das Zubehör nicht der Pfändung.[2]) Dagegen sind Gebäude und andere mit dem Boden verbundene Werke, die nicht Bestandtheile des Grund-

---

[24]) Vergl. Eck S. 43. A. M. Rehbein (S. 25 unter Ziffer 3), nach welchem die Klage im ersteren Falle Feststellungsklage ist, und Hölder, Anm. 3b zu § 12, nach welchem im Falle des Bestreitens des klägerischen Namensrechts die Klage auf Beseitigung der Beeinträchtigung sich darin erschöpft, daß die Behauptung des Beklagten durch richterliche Konstatierung des klägerischen Rechtes für unberechtigt erklärt wird. Gegen diese Einschränkung spricht aber der Wortlaut des Gesetzes („von dem Anderen verlangen").

[25]) Die im § 12 gegebenen Rechte sind Ansprüche im Sinne des § 194 und unterliegen der gewöhnlichen Verjährung, soweit nicht § 194 Abs. 2 Platz greift. Vergl. Ramdohr a. a. O. S. 64.

[26]) Vergl. § 37 HGB., § 14 d. G. zum Schutze der Waarenbezeichnungen v. 12. 5. 1894, § 8 d. G. zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes v. 27. Mai 1896.

[1]) Im Gegensatze zu E. I § 781 („Unbewegliche Sachen sind die Grundstücke"). Vgl. Prot. III S. 3. Nur für die Fahrnißgemeinschaft wird in §§ 1549 ff. zwischen beweglichem und unbeweglichem Vermögen unterschieden und der Begriff des unbeweglichen Vermögens im § 1551 Abs. 2 festgestellt. Der Ausdruck „unbewegliche Sache" findet sich im HGB. § 93, „unbewegliche Gegenstände" im HGB. § 207.

[2]) § 865 CPO., §§ 1120 ff. BGB. Rücksichtlich der noch nicht getrennten Früchte (§ 810 CPO.) vgl. unten S. 126.

stücks sind,[3]) bewegliche Sachen und unterliegen in allen Beziehungen den für diese gegebenen Vorschriften, insbesondere auch der Pfändung.[4])

2. Auf Rechte kommen die für unbewegliche Sachen gegebenen Vorschriften nur insoweit zur Anwendung, als dies besonders bestimmt ist. Nach dem BGB. ist dies nur rücksichtlich des Erbbaurechts der Fall. (§ 1017.) Nach den durch das Einführungsgesetz (Artt. 65—68, 73, 74) aufrecht erhaltenen Landesgesetzen gelten auch für zahlreiche andere Berechtigungen[5]) die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften.[6])

Auch rücksichtlich der Zwangsvollstreckung sind diese Berechtigungen den Grundstücken gleichgestellt (§§ 864, 870 CPO.[7])

3. Endlich werden rücksichtlich der Zwangsvollstreckung auch die im Schiffsregister eigetragenen Schiffe als unbewegliche Sachen behandelt (§§ 864 CPO., 162 ff. ZVG.).[8]) In allen übrigen Beziehungen sind Schiffe bewegliche Sachen (vgl. §§ 1259 ff. wegen der Verpfändung im Schiffsregister eingetragener Schiffe; wegen der Zwangsvollstreckung in eine Schiffspart siehe § 858 CPO.).

§ 27. Vertretbare und verbrauchbare Sachen. Gattungssachen.

§ 91.

1. Vertretbar sind diejenigen beweglichen Sachen, die im Verkehre nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen, bei denen also der Verkehr auf die Individualität des einzelnen Stückes regelmäßig kein Gewicht legt. Es fallen somit unter diesen Begriff nicht nur verbrauchbare Sachen, wie Wein, Cigarren, Geld, sondern auch solche, die sich durch den Gebrauch nicht aufbrauchen, z. B. Drucksachen, Metallwaaren.[1]) Für den Begriff der Vertretbarkeit kommt es auf die Anschauungen des Verkehrs (bestimmt zu werden „pflegen") an, was jedoch nicht ausschließt, daß in einem bestimmten Falle durch Parteivereinbarung eine an sich vertretbare Sache als eine individuelle behandelt wird und umgekehrt.

---

[3]) Vgl unten S. 126 ff.

[4]) Zum Theil a. A. Eck S. 106. Vgl. Dernburg III § 4 unter Ziffer 2. Crome I § 58 Anm. 19.

[5]) Hierzu gehören in Preußen vor allem das Bergwerkseigenthum (§ 50 des Berggesetzes vom 24. Juni 1865 in der durch Art 37 des preuß. AG. zum BGB. gegebenen Fassung) und zahlreiche selbstständige Gerechtigkeiten, wie die Kohlenabbau-, die Apotheker-, die Schiffsmühlen-, die Fischereigerechtigkeiten. (Artt. 38, 40 preuß. AG. zum BGB.; Art. 22 ff. preuß. AG. zur GBO.) In den früheren preußischen Gesetzen waren diese Berechtigungen als unbewegliche Sachen bezeichnet. Die in Preußen zu dem BGB., der GBO. und dem ZVG. erlassenen Ausführungsgesetze haben, da nach dem BGB. Rechte überhaupt nicht mehr zu den Sachen gehören, diesen Ausdruck fallen gelassen und sich überall an die im § 1017 für das Erbbaurecht gegebene Vorschrift angeschlossen. Alle diese Gerechtigkeiten einschließlich des Bergwerkseigenthums sind also nicht mehr unbewegliche Sachen, sondern Rechte, auf welche nur gewisse sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften Anwendung finden. Vergl. Stranz-Gerhard Anm. 5 zu Art. 37.

[6]) Nach dem preuß. Ges. vom 19. August 1895 (s. oben S. 116 Anm. 6) bleibt die sog. Bahneinheit ein Gegenstand des unbeweglichen Vermögens.

[7]) Vgl. Pr. AG. zum ZVG. Art. 22. Stranz-Gerhard Anm. 18 zu Art. 40.

[8]) Es findet jedoch nur die Zwangsversteigerung, nicht auch die Eintragung einer Sicherungshypothek und die Zwangsverwaltung statt. § 870 Abs. 2 CPO. Ueber die Vollziehung des Arrestes s. § 931 CPO.

[1]) Vertretbare Sachen sind insbesondere erwähnt in den §§ 607 (Darlehen), 700 (depositum irregulare), 783 (Anweisung). Vergl. ferner §§ 473, 651, 706. In prozessualischer Beziehung ist die Vertretbarkeit der Sachen von Wichtigkeit in den §§ 592 (Urkundenprozeß), 688 (Mahnverfahren), 794 Nr. 5 (vollstreckbare Urkunden).

Grundstücke werden nie als vertretbar angesehen.

§ 92. 2. Verbrauchbar sind:

a) bewegliche Sachen, deren bestimmungsmäßiger[2]) Gebrauch entweder im Verbrauche (verbrauchbar im engeren Sinne) oder in der Veräußerung (verbrauchbar im weiteren Sinne) besteht. Der Begriff der Verbrauchbarkeit setzt voraus, daß es die Bestimmung der Sache sein muß, verbraucht oder veräußert zu werden, daß der Verbrauch oder die Veräußerung die Voraussetzung dafür ist, daß die Sache den Nutzen gewährt, den sie gewähren soll, wie z. B. Nahrungsmittel, Brenn-, Schießmaterial, Geld.[3]) Eine Sache, die dazu bestimmt ist, gebraucht, benutzt zu werden, wie Möbel, Kleidungsstoffe, ist nicht verbrauchbar im Sinne des Gesetzes, wenn auch die Sache durch den Gebrauch allmählich abgenutzt und aufgebraucht wird;

b) kraft gesetzlicher Fiktion auch solche Sachen, die, für sich allein betrachtet, nicht verbrauchbar sind, aber zu einem Waarenlager oder einem sonstigen Sachinbegriffe gehören, dessen bestimmungsmäßiger Gebrauch in der Veräußerung der einzelnen Sachen besteht, z. B. Kleidungsstücke, Möbel 2c.

Die rechtliche Wirkung der Verbrauchbarkeit besteht besonders darin, daß, falls ein anderer als der Eigenthümer solche Sachen zu nutzen berechtigt ist, an Stelle der Rückgabepflicht in der Regel eine Ersatz-Verbindlichkeit tritt[4]).

3. Der Begriff der „nur der Gattung nach bestimmten Sachen" (§§ 243, 279)[5]) ist ein weiterer, als der der vertretbaren. Ob eine Sache vertretbar ist, darüber entscheidet — objektiv — die Anschauung des Verkehrs, ob eine Sache in einem bestimmten Falle nach ihrer Individualität oder nur nach der Gattung, zu der sie gehört, in Betracht kommt, darüber entscheidet die Bestimmung der Betheiligten.[6]) Auch Sachen, bei denen gewöhnlich auf die Individualität Gewicht gelegt wird, können im einzelnen Falle nur der Gattung nach bestimmt sein (z. B. Pferde). Auch bei Grundstücken ist eine bloß generische Bestimmung nicht ausgeschlossen.[7]) Andererseits kann eine an sich vertretbare Sache im gegebenen Falle individuell bestimmt sein.[8])

---

[2]) „Bestimmungsmäßig" ist nicht im subjektiven Sinne dahin zu verstehen, daß die Sache von irgend Jemand zu diesem Gebrauche bestimmt ist, es bedeutet dieser Ausdruck vielmehr objektiv, daß die Sache nach ihrer Beschaffenheit gewöhnlich zu einem solchen Gebrauche bestimmt ist. Vergl. M. III S. 34.

[3]) Werthpapiere sind dann verbrauchbar, wenn sie nur durch die Veräußerung einen Nutzen gewähren, wie Banknoten, auch die Koupons, die Dividendenscheine und die Urkunden des § 807 (a. M. Riedel S. 268), dagegen nicht verbrauchbar, wenn sie z. B. Zinsen, Dividenden gewähren; jedoch können sie in letzterem Falle nach § 92 Abs. 2 verbrauchbar sein, wenn sie z. B. zu dem Waarenlager eines Banquiers gehören. Daher sprechen die §§ 1084, 1392, 2116 von Inhaberpapieren, die nach § 92 zu den verbrauchbaren Sachen gehören.

[4]) So besonders § 1067 beim Nießbrauche; vergl. ferner §§ 1075 Abs. 2, 1084, 1086, 1377 Abs. 3, 1653, ferner §§ 706 Abs. 2, 1376 Nr. 1, 1411 Abs. 2, 1659 Abs. 2.

[5]) Vergl. ferner §§ 524 Abs. 2, 2155, 2182, 2183.

[6]) Daher spricht das Gesetz immer von „vertretbaren" Sachen schlechthin, da es sich um eine besondere Eigenschaft handelt. Es spricht aber nie von Gattungssachen, sondern von Sachen, „welche nur der Gattung nach bestimmt sind". Es ist also unrichtig, wenn Crome I § 62 Anm. 1 vertretbare und Gattungssache identifiziert.

[7]) Dies ist besonders beim Gattungsvermächtniß denkbar, so z. B. wenn der Erblasser bestimmt, daß X. eine Villa in einem Vororte Berlins als Vermächtniß erhalten soll.

[8]) Lotterieloose sind vertretbare Sachen. Bestelle ich beim Loosehändler ein Loos einer bestimmten Lotterie, so ist es nur der Gattung nach bestimmt. Bestelle ich das Loos Nr. 7777, so ist es individuell bestimmt.

§ 28. Theilbarkeit. Werth.

1. Der Begriff der Theilbarkeit im Rechtssinn ergiebt sich aus § 752. Gegenstände (sowohl Sachen als Rechte) sind theilbar, wenn sie sich ohne Verminderung des Werthes in gleichartige Theile zerlegen lassen; Rechte sind dann theilbar, wenn der Gegenstand des Rechtes in diesem Sinne theilbar ist.

Der Unterschied zwischen theilbaren und untheilbaren Gegenständen ist von besonderer Bedeutung bei einer Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern (§§ 420 ff.; vergl. ferner § 659 Abs. 2).

2. Von dieser realen Theilbarkeit verschieden ist die Theilung nach Bruchtheilen, ideellen Antheilen (§§ 1008 ff., 311, 2087, Bruchtheil des Vermögens). Der Bruchtheil einer Sache ist keine Sache, der Bruchtheil eines Grundstücks also kein Grundstück. Trotzdem behandelt das Gesetz in manchen Beziehungen die ideellen Theile einer Sache als Sache, insbesondere die ideellen Theile eines Grundstücks als Grundstück (§ 1095 dingliches Vorkaufsrecht, § 1106 Reallast, § 1114 Hypothek, § 864 Abs. 2 CPO. Zwangsvollstreckung).

3. Das BGB. giebt weder eine Definition des Werthbegriffs, noch unterscheidet es zwischen verschiedenen Werthen eines Gegenstandes. Aus den Einzel-Bestimmungen des Gesetzes ergiebt sich folgendes:

1. Wenn es sich um Schadensersatz handelt, so ist immer, unabhängig vom Grade des Verschuldens, außer dem gemeinen Verkehrswerth auch der außerordentliche Werth, d. h. derjenige, den der Gegenstand für den Gläubiger nach seinen besonderen Verhältnissen hat, zu ersetzen. Es folgt dies aus der Vorschrift des § 252, daß der zu ersetzende Schaden auch den entgangenen Gewinn umfaßt.[1])

2. Wo außerhalb der Fälle des Schadensersatzes vom Werthe eines Gegenstandes die Rede ist („Schätzungswerth": §§ 501, 587, 1048 Abs. 2. „Ersatz des Werthes": 593, 1067, 1086 u. a. m.) ist nur der gemeine Verkehrswerth darunter zu verstehen.

3. Der Werth der besonderen Vorliebe (sog. Affektions-Interesse) ist nie, selbst nicht bei vorsätzlicher Beschädigung, zu ersetzen. Dies folgt aus § 253, nach welchem beim Schadensersatz in der Regel nur das vermögensrechtliche Interesse in Betracht kommt.[2])

4. Die Ermittelung des Werthes ist eine Frage des Prozeßrechts. (Vergl. jedoch §§ 738 Abs. 2, 1067.)

§ 29. Bestandtheile einer Sache.

I. Das BGB. unterscheidet zwischen wesentlichen und unwesentlichen Bestandtheilen einer Sache.

§ 93. Wesentlich sind diejenigen Bestandtheile, die von einander nicht getrennt werden können, ohne daß der eine oder der andere zerstört oder in seinem Wesen verändert wird. Es ist nicht der Einfluß der Trennung auf das Ganze,[1]) sondern auf die Theile entscheidend. So ist z. B. der Deckel eines Topfes, wenn auch der Topf ohne den Deckel weiter ein Topf und als solcher völlig verwendbar bleibt, wesentlicher Bestandtheil. Wesentliche Bestandtheile sind z. B. ferner der Deckel, die Blätter eines Buches, die Aermel eines Rockes, die

---

[1]) Vergl. E. I § 220, Prot. I S. 297.
[2]) Vergl. M. II S. 21.
[1]) Wie nach preußischem Rechte ALR. § 4 I 2.

Räder eines Wagens. Bei der Frage, ob die Trennung eine Zerstörung oder Veränderung im Wesen zur Folge hat, kommt es nicht so sehr auf die körperliche Existenz der von einander getrennten Theile, als auf die Beeinträchtigung ihres wirthschaftlichen Zweckes und ihres Werthes an.[2])

Unwesentlich sind die sonstigen Bestandtheile, also diejenigen, welche auch selbständig ihre wirthschaftliche Bedeutung und ihren Werth haben. Ihr Unterschied vom Zubehör ist darin zu finden, daß sie immerhin Bestandtheile einer anderen Sache sind und als solche zur „Vollendung der Sache dienen",[3]) die Sache ohne sie also im Verkehre nicht als vollständig angesehen wird (z. B. Vorlegeschloß zu einem Koffer, Schlüssel zu einem Schlosse; es ist also der Deckel eines Koffers wesentlicher, das Vorlegeschloß unwesentlicher Bestandtheil, der Ueberzug Zubehör).

II. Die rechtliche Verschiedenheit zwischen wesentlichen und unwesentlichen Bestandtheilen besteht darin, daß erstere nicht Gegenstand besonderer Rechte sein können (§ 93).[4]) Damit ist die Begründung eines dinglichen Rechtes (Eigenthum, Pfandrecht, Nießbrauch) an einem wesentlichen Bestandtheile, so lange das Bestandtheilsverhältniß dauert, ausgeschlossen, wohl aber sind obligatorische Geschäfte rücksichtlich wesentlicher Bestandtheile zulässig (z. B. Kauf, Miethe[5]) rc.), denn in einem solchen Falle sind nicht sie Gegenstand des durch das obligatorische Geschäft begründeten Rechtes, sondern die Verpflichtung zur Leistung.[6]) Auch besonderer Besitz des wesentlichen Bestandtheils ist zulässig

[2]) In den weitaus meisten Fällen kann also die Frage, welche Sachen wesentliche Bestandtheile einer anderen sind, welche „ihren wirthschaftlichen Zweck und damit ihren Werth regelmäßig nur in der von ihnen gebildeten Sache haben" (M. III S. 41), nur konkret beantwortet werden, so z. B. bei den Rädern eines Wagens, dem Rahmen eines Bildes, dem Steine eines Ringes. Wenn Eck (S. 104) bemerkt, daß in den Materialien Beispiele fast ganz fehlen und die in der Litteratur aufgestellten fast sämmtlich bestritten sind, so erklärt sich dies eben dadurch, daß, da der Begriff ein konkreter ist, es nicht gut möglich ist, abstrakte Beispiele zu bilden. Vergl. Crome § 59 Anm. 8 und 9, Rehbein S. 83 unter c. So hat das RG. (J. W. Schr. 1900 S. 890) entschieden, daß Badeeinrichtungen wesentliche Bestandttheile eines herrschaftlichen Miethhauses sind, weil das Wesen desselben als eines solchen Miethhauses durch die Herausnahme der Badeeinrichtungen verändert würde.

[3]) M. III S. 62. Die Abgrenzung beider Begriffe gegen einander ist freilich eine schwierige. Nur unter Berücksichtigung insbesondere der örtlichen Verhältnisse und der Anschauungen des Verkehrs kann in jedem einzelnen Falle festgestellt werden, ob eine Sache z. B. zu einem Gebäude in einem solchem Verhältnisse steht, daß man ohne sie das Gebäude nicht als vollständig bezeichnet, die Sache also Bestandtheil des Gebäudes ist.

[4]) Wenn das Gesetz bestimmt, daß etwas nicht sein kann, so ist damit die absolute zwingende Unzulässigkeit bezeichnet, so daß jede entgegenstehende Verfügung unwirksam, nichtig ist.

[5]) Wäre, wie manche annehmen, die Miethe ein dingliches Recht, so stände der § 93 der Vermiethung einer Wohnung, eines Ladens, eines Kellers entgegen!

[6]) Die Ansicht Cromes (I § 59 Anm. 10), daß der Käufer die Lieferung des wesentlichen Bestandtheils nicht erzwingen könne, daß für ihn aus der Obligation nur eventuell ein Recht auf Schadensersatz folge, ist unzutreffend. Der § 93 verbietet nur, daß eine Sache wesentlicher Bestandtheil und zugleich, während der Dauer dieser Eigenschaft, Gegenstand eines besonderen dinglichen Rechtes sei. Diese Eigenschaft ist aber keine der Sache immanente, sondern eine zufällige, vorübergehende. Ebenso wie eine selbständige Sache diese Selbständigkeit verlieren und wesentlicher Bestandtheil einer anderen werden kann (§ 947), ebenso kann umgekehrt ein wesentlicher Bestandtheil selbständig werden (durch definitive Trennung). Tritt dieser Fall ein, so bleiben zwar die an der ganzen Sache bestehenden Rechte zunächst auch an dem nunmehr selbständig gewordenen Bestandtheile bestehen, es können aber besondere Rechte an ihm begründet werden. Wer einen wesentlichen Bestandtheil verkauft (z. B. Früchte auf dem Halme, stehendes Holz, die Platte eines Tisches, den Deckel eines Buches) ist verpflichtet, die Bestandtheilseigenschaft aufzuheben und das Eigenthum an ihm auf den Käufer zu übertragen. Alles dies kann der Käufer erzwingen.

(§ 865).[7]) Tritt eine Sache zu einer anderen als wesentlicher Bestandtheil hinzu, so kann an der einheitlichen Sache nur ein einheitliches Recht bestehen; darauf beruhen die Vorschriften der §§ 946 ff. Unwesentliche Bestandtheile folgen der Regel nach gleichfalls den rechtlichen Beziehungen der Hauptsache, so daß die an dieser bestehenden dinglichen Rechte sich auch auf die unwesentlichen Bestandtheile erstrecken, aber sie können auch Gegenstand besonderer Rechte sein.[8]) Ferner bleiben, wenn eine Sache zu einer anderen als unwesentlicher Bestandtheil hinzutritt, die an ihr bestehenden dinglichen Rechte dadurch unberührt. Für die Frage, inwieweit der Erwerber einer Sache die unwesentlichen Bestandtheile, die dem Veräußerer nicht gehören, mit erwirbt, kommen die Grundsätze über den Erwerb in gutem Glauben zur Anwendung (§§ 932 ff.).

§§ 94—96. III. Besondere Vorschriften sind in den §§ 94—96 über Bestandtheile von Grundstücken gegeben:

1. Es gehören zu den wesentlichen Bestandtheilen eines Grundstücks

a. alle Sachen, die mit dem Grund und Boden — nicht blos zu einem vorübergehenden Zwecke § 95 — fest verbunden sind, z. B. Zäune, Röhrenleitungen, insbesondere Gebäude,

b. die Erzeugnisse des Grundstücks, so lange sie mit dem Boden zusammenhängen.

Die Bedeutung dieser Vorschrift (§ 94) liegt darin, daß diese Sachen kraft gesetzlicher Vorschrift wesentliche Bestandtheile sind, wenn auch die Erfordernisse des § 93 nicht vorliegen. Sie können also nicht Gegenstand besonderer Rechte sein.[9]) Besonders zu beachten ist diese Vorschrift für die stehenden und hängenden Früchte, die in Folge dessen nicht einem Anderen als dem Eigenthümer des Grundstücks gehören können; ein Sonderrecht an ihnen ist vielmehr erst mit der Trennung möglich. In den §§ 953 ff. ist demgemäß die Lehre vom Fruchterwerbe dahin geregelt, daß der dinglich Berechtigte (954; z. B. der Nießbraucher, der zur Ziehung der Nutzungen berechtigte Pfandgläubiger § 1213), der gutgläubige Besitzer (955), der persönlich zum Fruchterwerbe Berechtigte (956, z. B. Pächter) das Eigenthum an den Früchten mit dem Augenblicke der Trennung, gleichgültig wie diese erfolgt, erwerben; nur wenn der persönlich Berechtigte nicht den Besitz der Sache hat, erwirbt er das Eigenthum an den Früchten erst mit der Besitzergreifung.

An Früchten auf dem Halme, an den stehenden Bäumen eines Waldes kann Eigenthum oder ein sonstiges dingliches Recht für einen Anderen nicht begründet werden. Ist ein hierauf gerichteter obligatorischer Vertrag, z. B. Verkauf von Früchten auf dem Halme, geschlossen, so erwirbt der Käufer das Eigenthum nach § 956 erst mit der Trennung oder

---

[7]) Wenn Rehbein (S. 82 unter b) behauptet, der E. I § 798 Abs. 2 habe einen besonderen Besitz an wesentlichen Bestandtheilen nicht zugelassen, so beruht das auf einem Irrthume. Im E. I bedeutete Besitz etwas anderes als im BGB., er erforderte den animus domini. Besitz im BGB. ist das, was der E. I Inhabung nannte. Besondere Inhabung an wesentlichen Bestandtheilen war auch nach E. I zulässig. Vergl. M. III S. 84. Was der E. I Besitz nannte, ist nach dem BGB. Eigenbesitz (§ 872). Besonderer Eigenbesitz an wesentlichen Bestandtheilen muß auch nach BGB. als ausgeschlossen betrachtet werden.

[8]) So kann z. B. das Vorlegeschloß eines Koffers einem Anderen gehören, als der Koffer.

[9]) Es kann daher nach dem BGB. kein Stockwerkseigenthum bestehen. Vergl. jedoch EG. Art. 182.

Besitzergreifung. Eine symbolische Besitzübertragung und damit einen Eigenthumsübergang an den Früchten auf dem Halme, an stehenden Bäumen giebt es nach den Grundsätzen des BGB. nicht.

Eine wichtige Ausnahme begründet jedoch der § 810 CPO.[10]), welcher gestattet, daß Früchte, die vom Boden noch nicht getrennt sind, gepfändet werden, daß somit an ihnen schon vor der Trennung ein Pfändungs-Pfandrecht begründet wird.[11]) Ferner ist zu erwähnen, daß, obwohl das Recht der Hypothek sich nach §§ 94, 93 auch auf die nicht abgesonderten Früchte erstreckt, dennoch, falls das Grundstück verpachtet ist, die Beschlagnahme des Grundstücks in Folge der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung die Rechte des Pächters auf den Fruchtgenuß nicht berührt (§ 21 Abs. 3 ZVG.), also auch die vom Boden noch nicht getrennten Früchte dem Pächter vorbehalten bleiben.[12])

Zu bemerken ist noch, daß Samen bereits mit dem Aussäen, eine Pflanze bereits mit dem Einpflanzen wesentlicher Bestandtheil wird, so daß bereits mit diesem Augenblicke, nicht erst mit dem Wurzelschlagen, die Wirkung des § 93 eintritt.

c. Zu den wesentlichen Bestandtheilen eines Gebäudes gehören alle zu dessen Herstellung eingefügten Sachen, falls nicht die Einfügung nur zu einem vorübergehenden Zwecke erfolgt ist (§ 95 Abs. 2), z. B. Thüren, Fenster u. s. w., und zwar, wie erwähnt, unabhängig davon, ob die Begriffsbestimmung des § 93 zutrifft. Gehören diese Sachen einem Anderen, z. B. auf Grund eines Eigenthumsvorbehalts (§ 455), so erwirbt mit der Einfügung der Eigenthümer des Gebäudes an ihnen das Eigenthum (§ 946).

2. a. Sachen, die nur zu einem vorübergehenden Zwecke mit dem Grund und Boden verbunden oder in ein Gebäude eingefügt sind[13]) — sei es vom Eigenthümer selbst oder einem Fremden — gehören nicht zu den Bestandtheilen des Grundstücks oder des Gebäudes, weder zu den wesentlichen noch zu den unwesentlichen, sie nehmen also an den rechtlichen Beziehungen des Grundstücks oder Gebäudes nicht theil. Die Rechte, die an ihnen vor ihrer Verbindung mit dem Grundstück oder ihrer Einfügung in das Gebäude bestanden haben, bestehen fort. Der Erwerber des Grundstücks als solchen

---

[10]) Die Pfändung ist zulässig, so lange nicht die Beschlagnahme der stehenden Früchte im Wege der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen (§§ 21, 148 ZVG.) erfolgt ist, jedoch kann ein Gläubiger, der ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstücke hat (§ 10 ZVG.), der Pfändung in Gemäßheit des § 771 CPO. widersprechen, es sei denn, daß der pfändende Gläubiger gleichfalls ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstücke hat und dem widersprechenden Gläubiger im Range vorgeht.

[11]) Zu beachten ist, daß, soweit Früchte nach § 98 Nr. 2 Zubehör sind, nicht § 810 CPO. Platz greift, sondern § 865 Abs. 2 S. 1 CPO., der ihre Pfändung verbietet, und daß in einem solchen Falle der Widerspruch nach § 766 CPO. erfolgt. Die bei der Berathung der Novelle zur CPO. ausgesprochene Ansicht, daß § 865 Abs. 2 CPO. sich auch auf Früchte auf dem Halme beziehe (Hahn-Mugdan, die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen Bd. 8 S. 400), ist jedoch irrig, denn noch nicht getrennte Früchte sind Bestandtheile (§ 94) und können daher nicht Zubehör sein (§ 97). Wohl aber folgt die Unpfändbarkeit auch der nicht getrennten Früchte, soweit sie zur Fortführung der Wirthschaft erforderlich sind, aus § 811 Ziffer 4 CPO., denn diese Gesetzesstelle unterscheidet nicht, ob die in derselben bezeichneten Erzeugnisse getrennt oder nicht getrennt sind, ob sie also nach § 94 Bestandtheile, oder nach §§ 97, 98 Nr. 2 Zubehör des Gundstücks sind.

[12]) Es ist das eine im Interesse des Pächters gegebene Sondervorschrift. Die vor der Beschlagnahme getrennten und damit in das Eigenthum des Pächters gelangten Früchte sind nach § 1120 BGB., § 20 Abs. 2 ZVG. von der Beschlagnahme frei.

[13]) z. B. Baugerüste, Ausstellungsgebäude, Tribünen, Pflanzen, die nur zum Zwecke einer vorübergehenden Dekoration mit dem Boden verbunden sind, Gaskronen u. s. w.

erwirbt das Eigenthum an derartigen dem Veräußerer nicht gehörenden Sachen nicht, selbst wenn er in gutem Glauben ist.

b. Ebenso gehören Gebäude und andere Werke (z. B. Mauern, Brücken)[14]) nicht zu den Bestandtheilen eines Grundstücks, wenn sie „in Ausübung eines Rechtes an einem fremden Grundstücke von dem Berechtigten mit dem Grundstücke verbunden worden sind" (§ 95). Diese Ausnahme setzt somit voraus, daß der Errichter des Gebäudes ein Recht an einem fremden Grundstücke hat, also nicht der Eigenthümer selbst, sondern ein dinglich Berechtigter[15]) ist.

Es ist also zu unterscheiden:

a. Der Eigenthümer selbst errichtet das Gebäude, so ist für die Frage, ob es Bestandtheil ist oder nicht, der Satz 1 des § 95 entscheidend, d. h. das Gebäude ist nicht Bestandtheil, wenn es nur zu einem vorübergehenden Zwecke mit dem Grund und Boden verbunden ist, anderenfalls ist es nach § 94 wesentlicher Bestandtheil.

b. Ein Dritter errichtet in Ausübung eines dinglichen Rechtes (Grunddienstbarkeit, Nießbrauch, Erbbaurecht) ein Gebäude, so ist es selbst dann nicht Bestandtheil, wenn es zu einem dauernden Zwecke errichtet ist, denn die Ausnahme des § 95 Satz 2 hat nicht, wie der Satz 1, die Verbindung zu einem nur vorübergehenden Zwecke zur Voraussetzung.

c. Ein persönlich Berechtigter, z. B. der Pächter errichtet ein Gebäude, so entscheidet § 95 Satz 1: das Gebäude ist dann nicht Bestandtheil, wenn es nur zu einem vorübergehenden Zwecke — was hier meist der Fall sein wird, z. B. für die Dauer der Pacht — errichtet worden ist. Ist es zu einem dauernden Zwecke errichtet worden, so ist es nach § 94 wesentlicher Bestandtheil, gehört also dem Eigenthümer des Grundstücks, und der Pächter kann nur nach § 951 Vergütung in Geld fordern, soweit ihm nicht das Wegnahmerecht zusteht (§ 547).

d. Errichtet jemand ohne jedes Recht, unbefugt,[16]) ein Gebäude, so entscheidet gleichfalls Satz 1 des § 95, und es gestalten sich die Folgen wie bei c.

3. Rechte, die mit dem Eigenthum an einem Grundstücke verbunden sind, (z. B. Vorkaufsrecht § 1094 Abs. 2, Reallasten § 1105 Abs. 2, Grund-Dienstbarkeiten 1018),[17]) gelten als Bestandtheile, aber nicht als wesentliche Bestandtheile des Grundstücks, es kommt also zwar nicht § 93 auf sie zur Anwendung, so daß sie auch Gegenstand besonderer Rechte, insbesondere einer Belastung sein können, aber sie folgen regelmäßig den rechtlichen Beziehungen des Grundstücks.[18])

[14]) § 95 Abs. 1 Satz 2 („Gebäude oder andere Werke") ist enger, als Satz 1 („Sachen"); es fallen daher insbesondere Pflanzungen nicht darunter. Bäume, die der Nießbraucher pflanzt, sind nach § 94 wesentliche Bestandtheile. Prot. III S. 9 ff.

[15]) Die Vorschrift kann nicht, wie es z. B. von Dernburg (III § 5 unter Ziffer 3), Endemann (I S. 235 unter b), Cosack (I S. 125 unter c) und Anderen geschieht, auch auf persönliche Rechte ausgedehnt werden. Recht an einem fremden Grundstück ist nie ein persönliches Recht. Unzuträglichkeiten entstehen dadurch nicht, denn auf den persönlich Berechtigten findet der Satz 1 des § 95 Anwendung.

[16]) Hierzu gehört nicht der Fall des Ueberbaues (§ 912), der vielmehr unter b zu subsumieren ist.. Denn die Duldungspflicht des Eigenthümers (§§ 912 ff.) schließt für den Bauenden ein Recht an dem fremden Grundstück in sich, der Ueberbau ist demgemäß nach § 95 Satz 2 nicht Bestandtheil.

[17]) Die sog. subjektiv-dinglichen Rechte des ALR., §§ 125 ff. I 2.

[18]) Nach § 8 GBO. können solche Rechte außer auf dem Blatte des belasteten Grundstücks, auf welchem sie eingetragen sein müssen, auch auf dem Blatte des berechtigten Grundstücks vermerkt werden.

§ 30 Zubehör.

§§ 97, 98. I. Der gesetzliche Begriff des Zubehörs ist im § 97 festgelegt. Die einzelnen Begriffsmomente sind:

1. Zubehör sind nur bewegliche Sachen. Es folgt hieraus,

a) daß ein Grundstück nicht Zubehör eines anderen Grundstücks sein kann. Mehrere Grundstücke, die nicht selbständig sind,[1]) bilden entweder ein einheitliches Grundstück, wenn der Eigenthümer sie als ein Grundstück in das Grundbuch eintragen läßt (§ 890 Abs. 1); oder es ist das eine, wenn es einem anderen im Grundbuche zugeschrieben ist, Bestandtheil dieses anderen Grundstücks (§ 890 Abs. 2), jedoch nicht wesentlicher Bestandtheil, so daß es trotz der Zuschreibung Gegenstand selbständiger Rechte sein kann (§ 93). Diese Vereinigung und Zuschreibung soll jedoch nur erfolgen, wenn keine Verwirrung hiervon zu besorgen ist, was z. B. bei verschiedenartiger Belastung möglich wäre (§ 5 GO.);

b) daß auch ein Recht nicht Zubehör sein kann; subjektiv-dingliche Rechte sind Bestandtheile, nicht Zubehör des Grundstücks (§ 96).

2. Bewegliche Sachen sind nur dann Zubehör, wenn sie nicht Bestandtheile[2]) der Hauptsache sind.

Da Zubehör eine Hauptsache, also eine körperliche Sache voraussetzt, so können Rechte kein Zubehör haben, mit Ausnahme des Erbbaurechts (§ 1017 Abs. 1) und derjenigen Rechte, die auf Grund aufrecht erhaltenen Landesrechts ein besonderes Blatt im Grundbuch erhalten.[3]) Schuldscheine, Hypothekenbriefe u. s. w. können daher nicht als Zubehör der Forderung angesehen werden.[4])

3. Die Zubehör-Eigenschaft haben bewegliche Sachen dann, wenn sie dazu bestimmt sind, dem wirthschaftlichen Zwecke der Hauptsache zu dienen. Hieraus ergiebt sich:

a) Das Zubehör muß den Zwecken der Hauptsache, nicht den blos persönlichen Bedürfnissen des Eigenthümers dienen. Welches der wirthschaftliche Zweck der Hauptsache ist, und welche Sachen diesem Zwecke zu dienen bestimmt sind, ist Thatfrage. Für ein Gebäude und ein Landgut giebt jedoch in dieser Beziehung der § 98 erläuternde Vorschriften dahin, daß, falls ein Gebäude für einen gewerblichen Betrieb dauernd eingerichtet ist, die zu diesem Betriebe bestimmten Maschinen und Geräthschaften, und daß bei einem Landgute[5]) das zum Wirthschaftsbetriebe bestimmte Geräthe und Vieh, ferner die vom Boden ge-

---

[1]) Jedes selbständige Grundstück erhält in der Regel ein besonderes Grundbuchblatt (§ 3 GBO.). Auch in dem Ausnahmefalle der §§ 4, 86 GBO. bleibt jedes Grundstück selbständig.

[2]) Ueber den Unterschied zwischen (unwesentlichen) Bestandtheilen und Zubehör s. oben S. 124.

[3]) Vergl. oben S. 121 Anm. 5.

[4]) Wie es im preuß. Rechte der Fall war (vergl. Str. Arch. Bd. 99 S. 96). Nach § 952 steht das Eigenthum an dem Schuldscheine dem Gläubiger zu, und erstreckt sich das Recht an der Forderung (Pfandrecht oder Nießbrauch) auch auf den Schuldschein. Diese Vorschrift ist eben dadurch nothwendig geworden, daß der Schuldschein nicht Pertinenz ist; denn ohne diese Vorschrift hätte ein dingliches Recht an dem Schuldscheine nur durch besondere Uebergabe begründet werden können.

[5]) Was ein Landgut sei, ist nicht definiert; aus § 98 ergiebt sich jedoch, daß darunter ein Grundstück zu verstehen ist, welches zum Betriebe der Landwirthschaft vollständig mit den dazu erforderlichen Gebäuden (Wohngebäuden, Wirthschaftsgebäuden, Scheunen, Ställen xc.) eingerichtet ist. Ein weiterer Begriff ist der des landwirthschaftlichen Grundstücks § 591 ff.; hierunter fällt jedes Grundstück, das landwirthschaftlich benutzt wird, also auch ein einzelner Acker.

trennten[6]) landwirthschaftlichen Erzeugnisse, welche zur Fortführung der Wirthschaft bis zur nächsten Ernte erforderlich sind, und der vorhandene auf dem Gute gewonnene Dünger[7]) dem wirthschaftlichen Zwecke des Gebäudes resp. des Landguts zu dienen bestimmt sind. Diese Sachen sind demgemäß, wenn die anderen Erfordernisse vorliegen,[8]) Zubehör des Gebäudes, resp. des Landguts.

b) Die Benutzung der Sache für den wirthschaftlichen Zweck der Hauptsache darf keine vorübergehende sein. Es sind daher die vom Miether und Pächter mitgebrachten oder angeschafften Geräthschaften regelmäßig nicht Zubehör, da sie nur vorübergehend, für die Zeit der Miethe und Pacht, den Zwecken der Hauptsache zu dienen bestimmt sind. Die Beweislast trifft denjenigen, der beim Vorhandensein der übrigen, die Zubehör-Eigenschaft begründenden Voraussetzungen diese Eigenschaft aus dem Grunde der nur vorübergehenden Benutzung leugnet.

c) Von wem die Bestimmung, daß die Sache den Zwecken der Hauptsache dauernd dienen soll, ausgeht, ist im übrigen gleichgültig. Es kann diese Bestimmung außer vom Eigenthümer auch vom Besitzer, selbst wenn er zum Besitze nicht berechtigt ist, ferner von jedem dinglich Berechtigten und auch vom Miether und Pächter ausgehen.[9])

d) Es ist nicht erforderlich, daß die Sache den Zwecken der Hauptsache bereits dient, es genügt vielmehr, daß sie dazu bestimmt ist. Die Zubehöreigenschaft beginnt daher, wenn die übrigen Voraussetzungen vorliegen, schon bevor die Sache für die Zwecke der Hauptsache in Gebrauch genommen worden ist. So sind die im § 98 Ziffer 1 bezeichneten Maschinen und Geräthschaften schon dann Zubehör, wenn sie auf das Fabrikgrundstück geschafft sind, wenn ihr Gebrauch auch noch nicht begonnen hat.[10])

4. Endlich muß die Sache, um Zubehör zu sein, in einem solchen räumlichen Verhältnisse zu der Hauptsache stehen, daß sie ihre Bestimmung, deren Zwecken zu dienen, erfüllen kann. Eine feste körperliche Verbindung ist nicht erforderlich.

5. Trotz des Vorliegens aller dieser Erfordernisse ist eine Sache nicht Zubehör, wenn sie im Verkehre nicht als Zubehör angesehen wird. Die Motive (III S. 63) erwähnen als Beispiel Oefen, wenn die Gewohnheit besteht, die

---

[6]) Denn so lange sie mit dem Boden zusammenhängen, gehören sie zu den wesentlichen Bestandtheilen (§ 94). Vergl. oben S. 125.

[7]) Nicht auch die gekauften (künstlichen) Dungmittel. Jedoch ist auch gekaufter Dünger dann Zubehör, wenn die Voraussetzungen des § 97 vorliegen. Die Bedeutung der Vorschrift des § 98 besteht also darin, daß rücksichtlich des auf dem Gute gewonnenen Düngers bestimmt ist, daß der ganze vorhandene, gleichgültig, ob er zur Bewirthschaftung erforderlich ist, oder nicht, Pertinenz ist (vergl. § 593 Abs. 3), während der künstliche Dünger nur soweit Pertinenz ist, als die Voraussetzungen des § 97 vorliegen, Prot. III S. 23.

[8]) Insbesondere auch das Erforderniß zu b. Maschinen, die nur zu Versuchszwecken, vorübergehend zur Aushülfe u. s. w. angeschafft sind, sind kein Zubehör der Fabrik, ebenso ist landwirthschaftliches Inventar, das nur vorübergehend geliehen worden ist, kein Zubehör. Prot. III S. 18.

[9]) Vergl. RKB. S. 23. Wie es für die Pertinenzeigenschaft unerheblich ist, wem die Sache gehört (vergl. S. 130 unter III), so ist es auch an sich gleichgültig, von wem die Bestimmung, daß die Sache den Zwecken der Hauptsache dienen solle, ausgeht. Erfolgt jedoch die Bestimmung nicht durch den Eigenthümer (sondern z. B. durch den Miether, Pächter u. s. w.), so wird der Pertinenzeigenschaft regelmäßig einer der Umstände entgegenstehen, daß die Sache nur den persönlichen Zwecken des Bestimmenden dienen, oder daß die Benutzung für die Zwecke der Hauptsache nur eine vorübergehende sein solle. Vergl. Planck Anm. 3a zu § 97, Crome I § 60 Anm. 15. — Vergl. ferner Entsch. des RG. in Jur. Woch. 1901 S. 184 ff.

[10]) Vergl. Dernburg III § 6 unter Ziffer 3d. A. M. Hölder zu § 97.

die Erträge, die eine Sache oder ein Recht vermöge eines Rechtsverhältnisses gewährt, also insbesondere die Mieth- und Pachtzinsen.

II. Nutzungen umfassen außer den Früchten auch diejenigen Vortheile, die der Gebrauch einer Sache oder eines Rechtes gewährt, z. B. den Verdienst, der mit Arbeitsgeräth, mit Pferden u. s. w. erzielt wird.[4])

III. Ueberall, wo im BGB. die Worte „Früchte“ und „Nutzungen“ gebraucht werden, haben sie die oben erörterte Bedeutung, so insbesondere in der Begriffsbestimmung des Nießbrauchs im § 1030 und in den §§ 1383 und 1652 (Nutznießungsrecht des Mannes und des Vaters). Der weite Begriff der Früchte und Nutzungen hat in besonderen Fällen Einschränkungen erforderlich gemacht, so insbesondere bei der Pacht (§ 581).[5])

§ 101. IV. Im Anschluß an die Begriffs-Bestimmung der Früchte regelt das BGB. im § 101 durch eine allgemeine Vorschrift das persönliche Verhältniß zweier Personen zu einander, die nacheinander zum Fruchtgenuß eines Gegenstandes (einer Sache oder eines Rechtes) berechtigt sind.

1. Die natürlichen Früchte[6]) gebühren dem zum Fruchtgenusse Berechtigten insoweit, als ihre Trennung während der Dauer der Berechtigung erfolgt ist. Entscheidend ist allein die Thatsache der Trennung, gleichgültig, ob die Trennung unberechtigter Weise zu früh erfolgt oder ob sie zur rechten Zeit unterlassen ist. Diese Umstände können jedoch nach dem zwischen den Betheiligten bestehenden Rechtsverhältniß Ersatzansprüche begründen. Hat z B. der Pächter die Früchte zu früh getrennt und kann er in Folge dessen das Grundstück nicht in dem im § 591 vorgeschriebenen Zustande zurückgewähren, so muß er Ersatz leisten.

2. Für die bürgerlichen (juristischen) Früchte ist als Regel vorgeschrieben, daß sie dem Berechtigten insoweit gebühren, als sie während der Dauer der Berechtigung fällig werden. Diese Regel erleidet jedoch eine Ausnahme, welche die Regel für die meisten Fälle praktisch beseitigt: wenn nämlich die Früchte in der Vergütung für die Ueberlassung des Gebrauchs oder des Fruchtgenusses (also in Mieth- und Pachtgeldern), ferner in Zinsen, Gewinnantheilen oder anderen regelmäßig wiederkehrenden Erträgen (z. B. Präftationen einer Reallast) bestehen, so gebührt dem Berechtigten ein der Dauer seiner Berechtigung entsprechender Theil.

Zu bemerken ist noch:

a) Der § 101 kommt immer dann zur Anwendung, wenn Jemand zum Fruchtgenusse bis zu einer bestimmten Zeit oder von einer bestimmten Zeit an berechtigt ist, so daß zwischen ihm und seinem Nachfolger oder seinem Vorgänger eine Auseinandersetzung wegen der Früchte erfolgen muß. Die Hauptfälle seiner Anwendung sind somit: § 446 (der Käufer von der Uebergabe resp. der Eintragung an), § 581 (Pächter „während der Pachtzeit“, also vom Beginne der Pacht bis zum Ende der Pacht, beide Male kommt § 101 zur Anwendung), § 987 (der gutgläubige Besitzer bis zum Eintritte der Rechts-

---

[4]) „Nutzungen, die nicht zu den Früchten gehören“ (§ 2184), sind also nur die durch den „Gebrauch“ erlangten Vortheile.

[5]) Vgl. auch §§ 993, 1036, 1037 Abs. 2, 1039.

[6]) § 101 Ziffer 1 deckt sich mit § 99 Abs. 1; „Bestandtheile“ sind die dort erwähnte Ausbeute. „Auch wenn er sie als Früchte eines Rechtes zu beziehen hat“ bedeutet, wenn der Berechtigte nicht der Eigenthümer, sondern ein anderer Nutzungsberechtigter, z. B. der Nießbraucher ist, so daß ihm die Erzeugnisse und die sonstige Ausbeute als Früchte seines Rechtes (§ 99 Abs. 2) gebühren.

hängigkeit, auf Grund der ausdrücklichen Vorschrift des § 993 Abs. 2, vergl. §§ 990, 292 Abs. 2, 347), § 1030 (Nießbraucher).[7])

b) Der § 101 kommt nur zur Anwendung, „sofern nicht ein Anderes bestimmt ist", sei es durch Willenserklärung, sei es durch Gesetz.[8]) Abweichende Regelung durch Willenserklärung wird besonders mit Rücksicht darauf erforderlich werden, daß bei natürlichen Früchten nicht eine Theilung der Früchte des letzten Wirthschaftsjahrs erfolgt, sondern der zufällige Umstand, ob das Ende der Berechtigung vor oder nach der Trennung eintritt, entscheidend ist. Die Sondervorschriften der §§ 592, 998, 1055 tragen diesem Umstande, der leicht zu Unbilligkeiten führen könnte, Rechnung, auch die Vorschrift des § 102 mildert die Unbilligkeit.

c) Zu beachten ist noch, daß § 101 nichts über den Erwerb des Eigenthums an Früchten bestimmt („gebühren" nicht „gehören"). Der Eigenthumserwerb bei natürlichen Früchten richtet sich nach den §§ 953 ff. und ist unabhängig von den § 101. Ist z. B. dem Pächter der Besitz der gepachteten Sache nicht überlassen (§ 956), so „gehören" die nach dem Beginne der Pacht getrennten Früchte mit der Trennung dem Eigenthümer der gepachteten Sache (§ 953), aber sie „gebühren" nach § 101 dem Pächter, der ihre Herausgabe vom Verpächter verlangen kann.

§ 102.

V. Ist Jemand, sei es durch Rechtsgeschäft, sei es auf Grund gesetzlicher Vorschrift,[9]) zur Herausgabe von Früchten[10]) verpflichtet, so kann er den Ersatz der Kosten verlangen, die er zur Gewinnung der Früchte aufgewendet hat, jedoch nur insoweit, als die Kosten einer ordnungsmäßigen Wirthschaft entsprechen und den Werth der herausgegebenen Früchte nicht übersteigen (§ 102).[11])

§ 103.

VI. Der allgemeinen Vorschrift des § 101 entspricht die des § 103 über die Vertheilung der Lasten, wenn zwei zur Lastentragung Verpflichtete aufeinander folgen. Die Anwendungsfälle des § 103 sind also dieselben, wie die des § 101, es kommt aber auch der § 103 nur zur Anwendung, wenn nicht durch Rechtsgeschäft oder Gesetz[12]) Abweichendes bestimmt ist.

Die Vorschrift des § 103 geht dahin, daß regelmäßig wiederkehrende Lasten (z. B. Steuern, Hypothekenzinsen, Versicherungsgelder, vgl. § 1045) nach Verhältniß der Dauer der Verpflichtung getheilt werden, daß dagegen bei anderen Lasten, z. B. der Kirchenbaulast, außerordentlichen Umlagen, die Fälligkeit entscheidet.

Vierter Titel.

Rechtsgeschäfte.

§ 32. Begriffsbestimmungen.

1. Das BGB. handelt im dritten Abschnitte des ersten Buches von Rechtsgeschäften; der zweite Titel dieses Abschnitts ist „Willenserklärung" überschrieben. Beide Begriffe sind im Gesetze nicht definiert. Begrifflich ist eine Willenserklärung die Aeußerung eines auf die Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges gerichteten Willens. Die Willenserklärung ist ein Rechtsgeschäft,

---

[7]) Ferner: §§ 1213, 1383, 1652, 1686, vgl. auch §§ 818, 2184, 2379 ff.

[8]) Abweichende gesetzliche Regelung enthalten insbesondere §§ 593, 993, 1039, 2133.

[9]) Z. B. §§ 446 Abs. 1, 487 Abs. 4.

[10]) D. h. von Früchten als solchen, als Früchten einer anderen Sache. Wer z. B. Getreide verkauft, kann natürlich nicht § 102 für sich geltend machen.

[11]) Neben dieser allgemeinen Regel des § 102 sind zahlreiche Sondervorschriften gegeben, z. B. in den §§ 592, 998, 999, 1055.

[12]) Z. B. §§ 995, 1047 u. a. m.

wenn sie auf Grund des Gesetzes auch wirklich geeignet ist, den beabsichtigten Erfolg herbeizuführen. Die Willenserklärung ist also ein Bestandtheil des Rechtsgeschäfts. Diese Auffassung liegt zwar auch dem BGB. zu Grunde, es gebraucht jedoch das Wort Rechtsgeschäft nicht immer in diesem engeren Sinne, was sich schon daraus ergiebt, daß es auch von unwirksamen Rechtsgeschäften spricht, bei denen also der beabsichtigte Erfolg nicht eintritt; vielmehr sind die Ausdrücke „Rechtsgeschäft" und „Willenserklärung" regelmäßig gleichbedeutend.[1])

2. Die Rechtsgeschäfte sind entweder[2]) einseitige, d. h. solche, bei denen der rechtliche Erfolg schon auf Grund der Erklärung einer Person eintritt (z. B. die Anfechtung, der Rücktritt, die Aufrechnungserklärung, die Ausübung des Vor- und Wiederkaufsrechts, die Kündigung, die Mahnung, die letztwilligen Verfügungen, die Annahme und die Ausschlagung der Erbschaft),[3]) oder solche, bei denen die gegenseitig erklärte Willensübereinstimmung zweier Parteien zur Herbeiführung des gewollten Erfolges erforderlich ist (Vertrag, im Gebiete des Sachenrechts Einigung genannt, §§ 873, 929, 1032). Die bloße einseitige Willenserklärung ist in der Regel nicht im Stande, ein Schuldverhältniß zu begründen oder dessen Inhalt abzuändern, vielmehr ist dazu, soweit nicht das Gesetz Ausnahmen zuläßt,[4]) ein Vertrag erforderlich (§ 305).

3. Eine fernere wichtige Unterscheidung ist die der empfangsbedürftigen und der nicht empfangsbedürftigen Rechtsgeschäfte. Die Unterscheidung bezieht sich im Wesentlichen nur auf die einseitigen Rechtsgeschäfte, denn bei einem Vertrage sind die beiden zu seinem Zustandekommen nothwendigen Willenserklärungen, dem Begriffe des Vertrags entsprechend, empfangsbedürftig. Eine Ausnahme hiervon machen die Fälle der §§ 151, 152, in denen die Annahme-Erklärung nicht empfangsbedürftig ist.

a) Empfangsbedürftige Willenserklärungen sind solche, die „einem Anderen gegenüber abzugeben sind", die also erst wirksam sind, wenn die mitbetheiligte Privatperson von ihnen Kenntniß erlangt hat, oder wenigstens Kenntniß zu erlangen in die Lage gekommen ist;[5]) z. B. Anfechtung (§ 143), Ertheilung der Vollmacht (§ 167), Ertheilung und Verweigerung der Zustimmung zu einem Rechtsgeschäfte (§ 182, vergl. §§ 108, 1245, 1255), Bestimmung der Leistung (§§ 315, 318), Rücktritts-Erklärung (§ 349), Erklärung der Aufrechnung (§ 388), Ausübung der Wahl (§ 263), vergl. ferner §§ 409, 284, 410 (Mahnung), 553, 609, 620 (Kündigung) u. s. w.

b) Nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen sind solche, bei denen das Gesetz den Eintritt des gewollten Erfolges lediglich an die That-

---

[1]) Vergl. M. I S. 126, Prot. I S. 130. Daß ohne ersichtlichen Grund bald der eine bald der andere Ausdruck gebraucht wird, ergeben besonders klar die Vorschriften der §§ 116—144 des Titels, der Willenserklärung überschrieben ist. In den §§ 116, 117, 118 wird gesagt, wann eine Willenserklärung nichtig ist, dann sprechen aber §§ 139, 140, 141 von nichtigen Rechtsgeschäften; §§ 119, 120, 123 regeln die Voraussetzungen der Anfechtbarkeit für Willenserklärungen, im § 142 aber, wo die Wirkung der Anfechtung festgesetzt ist, wird wieder von Rechtsgeschäften gesprochen!

[2]) Fernere Unterscheidungen der Rechtsgeschäfte sind solche unter Lebenden und von Todeswegen, entgeltliche oder unentgeltliche.

[3]) Als besondere Vorschriften, die für einseitige Rechtsgeschäfte gegeben sind, sind hervorzuheben: §§ 111, 174, 180, 1398, 1403, 1831.

[4]) Als solche Ausnahmen sind insbesondere das Stiftungsgeschäft (§ 82), die Auslobung (§ 657), die Anweisung (§ 783) und die Schuldverschreibung auf den Inhaber (§ 794) zu erwähnen.

[5]) Das Nähere s. unten § 38.

sache knüpft, daß der Wille geäußert ist; z. B. letztwillige Verfügung (§ 2231 Nr. 2), Anerkennung der Ehelichkeit eines Kindes (§ 1598), Annahme der Erbschaft (§ 1943), Auslobung (§ 657, bei welcher jedoch öffentliche Bekanntmachung erforderlich ist), Ausstellung einer Schuldverschreibung auf den Inhaber (§ 793). Das Gesetz verlangt jedoch für die Wirksamkeit der nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen häufig die Abgabe der Erklärung einer Behörde gegenüber,[6]) z. B. bei der Aufgabe des Eigenthums an einem Grundstücke (§ 928), dem Verzichte des Finders auf das Recht zum Erwerbe des Eigenthums an der gefundenen Sache (§ 976), der Bestellung einer Hypothek für ein Inhaberpapier (§ 1188), der Bestellung einer Grundschuld für den Eigenthümer (§ 1196), der Ausschlagung der Erbschaft (§ 1945), vergl. ferner §§ 1109, 1342, 1577, 1597, 1662, 1679.

Eine Mittelstellung nehmen diejenigen Willenserklärungen ein, die nach der Wahl des Erklärenden entweder der mitbetheiligten Privatperson oder einer Behörde gegenüber abgegeben werden können (z. B. Aufgabe eines Rechtes am Grundstücke § 875, Verzicht auf die Hypothek § 1168, ferner §§ 876, 880, 1180 u. s. w.) Diese Willenserklärungen werden vom Gesetze den empfangsbedürftigen gleich behandelt (s. § 143 Abs. 3).

4. Unter den Rechtsgeschäften sind von besonderer Bedeutung diejenigen, die das BGB. Verfügungen nennt.

a) Verfügung (vergl. §§ 135, 137, 161, 185 u. s. w.) ist jedes Rechtsgeschäft,[7]) durch welches eine Sache oder ein Recht unmittelbar ergriffen und in seinem Bestande verändert wird;[8]) sie steht im Gegensatze zu der Begründung einer blos persönlichen Verpflichtung rücksichtlich eines Gegenstandes (vergl. insbesondere den Gegensatz zwischen Satz 1 und Satz 2 des § 137, ferner zwischen § 1396 und § 1399). Verfügungen sind insbesondere die Uebertragung des Eigenthums an einer Sache, die Begründung eines Rechtes an einer Sache, die Uebertragung, Verpfändung einer Forderung, ferner die Annahme der geschuldeten Leistung (§ 362) und der Erlaß, weil sie die Aufhebung, also eine unmittelbare Aenderung der Forderung herbeiführen; ebenso die Stundung, die Kündigung. Keine Verfügung sind der Kauf, die Miethe, die Pacht, das Versprechen der Schenkung, weil sie nur obligatorische Verpflichtungen begründen und die Sache oder das Recht selbst nicht unmittelbar ergreifen.[9])

b) Dem weiteren Begriffe Verfügung sind die engeren Veräußerung

---

[6]) Nicht zu verwechseln mit den Erklärungen, die vor einer Behörde abzugeben sind, z. B. Auflassung § 925, Eheschließung § 1317, Testamentserrichtung § 2231 Nr. 1 (vergl. ferner §§ 1015, 1434); in diesen Fällen handelt es sich um eine Form-Vorschrift.

[7]) Der Verfügung durch Rechtsgeschäft steht in vielen Fällen (vergl. §§ 161, 184, 353, 499, 883, 2115) eine Verfügung gleich, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt. Es ist dies jedoch immer nur der Fall, wo es besonders bestimmt ist.

[8]) Keine Verfügung ist die Prozeßführung. Daher ist mit der Verfügungsbeschränkung nicht ohne Weiteres der Verlust des Rechtes zur Prozeßführung verbunden, vielmehr wird, wenn Jemand nicht befugt ist, über einen Gegenstand zu verfügen, im Gesetze häufig besonders bestimmt, inwieweit ihm auch die Befugniß zur Prozeßführung mangelt. Vergl. §§ 1400, 2212 (neben 2211). — Nicht zu billigen ist die Ansicht des Kammergerichts (Blätter für Rechtspfl. 1901 S. 30 ff.), daß die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung aus einer Hypothek eine Verfügung über die Hypothek im Sinne des § 1821 Abs. 1 ist. Die leichtere Beitreibbarkeit der Hypothek ändert Nichts an ihrem materiellen Inhalte.

[9]) Nicht in diesem technischen Sinne ist das Wort Verfügung gebraucht in der Bezeichnung letztwillige Verfügung, wo es vielmehr jede einseitige Anordnung von Todeswegen bedeutet (§ 1937), und in der Bezeichnung gerichtliche, einstweilige Verfügung (§§ 186, 885 ꝛc.), wo es Entscheidung des Gerichts bedeutet.

und Belastung untergeordnet. Erstere bedeutet in der Regel nur die Aufgabe oder Uebertragung des Eigenthums an einer Sache oder eines Rechtes, letztere die Begründung eines dinglichen Rechtes außer dem Eigenthum (eines begrenzten dinglichen Rechtes).

5. Von großer Bedeutung für das BGB. ist ferner die Unterscheidung der Rechtsgeschäfte in materielle oder kausale und abstrakte oder formale. Bei den ersteren ist der Zweck des Rechtsgeschäfts, die causa, wesentlicher Bestandtheil des Rechtsgeschäfts selbst, so daß dessen Zustandekommen und Bestehen von dem Vorhandensein und der Gültigkeit der causa abhängig ist. Das abstrakte Rechtsgeschäft dagegen ist von seiner causa losgelöst; das Fehlen der vorausgesetzten causa oder die Ungültigkeit der causa berührt den rechtlichen Bestand und den Eintritt der Wirkung des Rechtsgeschäfts nicht, ist vielmehr nur geeignet, einen Anspruch aus der ungerechtfertigten Bereicherung zu begründen.[10]) Das wichtigste abstrakte Rechtsgeschäft ist das dingliche;[11]) aber auch auf dem Gebiete des Obligationenrechts erkennt das Gesetz das abstrakte Rechtsgeschäft an. Solche Rechtsgeschäfte sind: die Uebertragung einer Forderung (§ 398, oder eines anderen Rechtes § 413), die Bestellung des Nießbrauchs und des Pfandrechts an einem Rechte (§§ 1069, 1274), der Erlaß und der negative Anerkennungsvertrag (§ 397), die Schuldübernahme (§ 414), das Schuldversprechen und das Schuldanerkenntniß (§§ 780, 781), die Annahme einer Anweisung (§ 784) und die Schuldverschreibung auf den Inhaber (§ 793).

§ 33. Rechtshandlungen. Verschulden.

1. Von den Rechtsgeschäften zu unterscheiden sind die Rechtshandlungen. Darunter versteht man Handlungen und Unterlassungen, an welche das Gesetz rechtliche Folgen knüpft, auch wenn diese von dem Handelnden nicht gewollt sind (z. B. die unerlaubte Handlung, die kraft Gesetzes zum Schadensersatze verpflichtet).[1])

Das BGB. hat keine allgemeinen Vorschriften über die Rechtshandlungen,[2]) insbesondere sind keine allgemeinen Grundsätze über die Handlungsfähigkeit

---

[10]) Im Gesetz ist, im Gegensatze zu E. I, das Wesen des abstrakten Rechtsgeschäfts nicht besonders hervorgehoben. Da im E. I das abstrakte Rechtsgeschäft sehr treffend charakterisiert war, so mag hier der Wortlaut des § 290 Abs. 2 E. I angeführt werden: „Zur Wirksamkeit des Vertrags ist die Angabe des Rechtsgrundes nicht erforderlich. Die Wirksamkeit des Vertrags wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Vertragschließenden verschiedene Rechtsgründe vorausgesetzt haben, oder daß der von ihnen vorausgesetzte Rechtsgrund nicht vorhanden oder ungültig war. Die Vorschriften über Rückforderung einer Leistung wegen ungerechtfertigter Bereicherung bleiben unberührt."

[11]) S. oben S. 117 unter 3. Das dingliche Rechtsgeschäft muß immer abstrakt sein. Die dennoch erfolgte Angabe der causa ist rechtlich ohne Bedeutung. Das dingliche Rechtsgeschäft kann in seiner Wirksamkeit nur in der Weise von der causa abhängig gemacht werden, daß diese als eine wirkliche Bedingung hinzugefügt wird, soweit eine Bedingung überhaupt zulässig ist (vergl. § 925 Abs. 2). Die dem Obligationenrecht angehörenden abstrakten Geschäfte können in der Regel auch kausal gestaltet, von ihrem Rechtsgrund abhängig gemacht werden. Man unterscheidet daher nothwendig und fakultativ abstrakte Geschäfte.

[1]) Vergl. M. I S. 127. Die Grenze zwischen Rechtsgeschäften und Rechtshandlungen ist zweifelhaft und streitig; vergl. Planck Vorb. X zum 3. Abschn., Neumann, Studie über Rechtshandlung und Rechtsgeschäft in der Festgabe für Wilke (Franz Vahlen 1900). Eine Rechtshandlung ist z. B. die Begründung des Wohnsitzes, denn wenn Jemand an einem Orte sich ständig niederläßt, so knüpft das Gesetz (§ 7 Abs. 1) daran die Wirkung der Begründung des Wohnsitzes, auch wenn die Person diese Wirkung nicht will. Ebenso liegt es bei dem Besitzerwerbe (§ 854 Abs. 1), der Geschäftsführung ohne Auftrag, der Trennung von Früchten u. s. w.

[2]) Der Ausdruck kommt im BGB. überhaupt nicht vor.

aufgestellt, d. h. über die Fähigkeit, Handlungen mit der Wirkung vorzunehmen, daß die vom Gesetze bestimmte Folge eintritt. Das Gesetz regelt vielmehr allgemein nur die Geschäftsfähigkeit, d. h. die Fähigkeit, Rechtsgeschäfte, also Rechtshandlungen mit gewollten Folgen, wirksam vorzunehmen (§§ 104 ff.). Nur für einzelne Rechtshandlungen sind hinsichtlich der Handlungsfähigkeit Einzelvorschriften gegeben. So ist insbesondere die Verantwortlichkeit für unerlaubte Handlungen (§§ 827—829) und für die Verletzung obligatorischer Verpflichtungen (§ 276 Abs. 1) geregelt. Ferner enthält das Gesetz Bestimmungen über die Fähigkeit zur Begründung und Aufhebung des Wohnsitzes (§ 8) und über die Verantwortlichkeit für die Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 682).[3])

Inwieweit die Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit und die Verantwortlichkeit für unerlaubte Handlungen (§§ 827—829) auch auf andere Rechtshandlungen zur Anwendung kommen, kann durch allgemeine Grundsätze nicht entschieden werden, muß vielmehr für jeden einzelnen Fall aus dessen besonderen Verhältnissen festgestellt werden.[4]) Im allgemeinen läßt sich jedoch sagen, daß überall da, wo das Gesetz für die Vornahme einer Rechtshandlung und den Eintritt der Folgen derselben einen rechtlich wirksamen Willensakt — wenn auch nicht den Willen, den Erfolg herbeizuführen — voraussetzt, die Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit zur entsprechenden Anwendung gebracht werden müssen, so insbesondere bei der Dereliktion beweglicher Sachen[5]) (§ 959), bei der Aneignung (§ 958 in Verbindung mit § 872), beim Eigenbesitze (§ 872), nicht dagegen bei dem Eigenthumserwerbe durch Verbindung, Vermischung, Verarbeitung (§§ 946 ff.), weil hier das Gesetz nur rein objective Thatsachen — abgesehen von jedem Willensakte — voraussetzt,[6]) ebenso beim Funde (§ 965), Besitzerwerbe durch Erlangung der thatsächlichen Gewalt (§ 854 Abs. 1),[7]) der Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 677).[8])

Ebenso müssen die Bestimmungen über die Verantwortlichkeit für unerlaubte Handlungen (§§ 827, 828) auch in anderen Fällen, wo die Verantwortlichkeit für Rechtshandlungen in Frage kommt, entsprechend angewendet werden, z. B. beim Funde (s. § 968; vergl. § 682).

2. Die Eintheilung der Folgen einer Handlung, insbesondere des durch die Handlung verursachten Schadens, in unmittelbare, mittelbare und zufällige ist dem BGB. fremd. Wer schadensersatzpflichtig ist, hat, ohne Rücksicht auf den Grad seiner Verschuldung, den gesammten Schaden, sowohl den unmittelbaren, wie den mittelbaren und auch denjenigen zu ersetzen, den er nicht voraussehen konnte; allerdings ist die Haftung für diesen letzteren Schaden durch die Vorschrift des § 254 Abs. 2 einigermaßen gemildert.[9])

3. Das BGB. unterscheidet nur zwei Arten des Verschuldens, nämlich

---

[3]) Zu beachten ist, daß auch für die wirksame Entgegennahme einer Willenserklärung (z. B. Kündigung, Mahnung) Geschäftsfähigkeit erfordert wird. (§ 131, vergl. ferner § 206).

[4]) Vergl. Prot. I S. 55.

[5]) Bei Grundstücken ist ein Rechtsgeschäft, ein Verzicht dem Grundbuchamte gegenüber, erforderlich (§ 928).

[6]) Daß dies bei §§ 947, 948 der Fall ist, kann nicht zweifelhaft sein; aber auch bei § 950 (Spezifikation) ist es anzunehmen, da das Gesetz nur verlangt, daß eine neue Sache hergestellt wird, gleichgültig, ob man dies will oder nicht. (Vergl. M. I S. 129.)

[7]) A. M. Endemann I § 61 Anm. 4; s. dagegen Denkschrift S. 161, vergl. § 800 E. I, der jedoch nur für den juristischen Besitz, nicht für die Inhabung im Sinne des ersten E. gelten sollte. (M. III S. 85, 92.)

[8]) Daß ein Geschäftsunfähiger Geschäftsführer sein kann, ergiebt sich aus § 682.

[9]) Vergl. RKB. S. 35 ff. Verhandlungen des Reichstags 1896 S. 2773 ff. Ueber die Haftung für sog. casus mixtus und die Beweislast hierbei vergl. §§ 287, 848.

den Vorsatz und die Fahrlässigkeit, und erkennt als besonderen Grad der letzteren die grobe Fahrlässigkeit an. Einen Unterschied zwischen mäßigem und geringem Versehen kennt das BGB. nicht.

a) Der Vorsatz ist im Gesetze nicht definiert. Vorsätzlich handelt, wer einen bestimmten Erfolg herbeiführen will oder wenigstens sich bewußt ist, daß seine Handlung einen bestimmten Erfolg haben werde (nicht nur möglicher oder wahrscheinlicher Weise haben „könne"). Wenn das Gesetz nur den auf die Herbeiführung des Erfolges gerichteten Willen bezeichnen will, ist dies besonders ausgedrückt (z. B. §§ 7 Abs. 3, 680, 2005 „absichtlich"; so deutet auch der in den §§ 324, 615 gebrauchte Ausdruck „böswillig" auf den bösen Willen, die Absicht hin, sodaß das bloße Bewußtsein, den Gläubiger zu schädigen, nicht genügt, vergl. auch § 2333 Abs. 4 und „bösliche" Verlassung im § 1567).

Der im Gesetze häufig vorkommende Ausdruck „Arglist" (arglistige Täuschung §§ 123, 318, 1334, arglistiges Verschweigen §§ 443, 460, 463, 600) ist ein Unterfall des Vorsatzes, nämlich der auf die Täuschung eines Anderen gerichtete Vorsatz, also entweder der Wille, einen Anderen zu täuschen, oder wenigstens das Bewußtsein, daß der Andere getäuscht werden wird.

b) Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht läßt (§ 276 Abs. 1 S. 2); thut er dies in besonders schwerer Weise,[10]) so liegt grobe Fahrlässigkeit vor. Das Gesetz verlangt somit, ohne auf die individuellen Verhältnisse der einzelnen Personen Rücksicht zu nehmen, immer diejenige Sorgfalt, welche nach den im Verkehre herrschenden Anschauungen als die Pflicht eines ordentlichen Menschen (Lehrers, Arztes, Baumeisters, Rechtsanwalts, Mäklers u. s. w.) angesehen wird.[11])

4. Eine Berücksichtigung der individuellen Verhältnisse des Einzelnen findet jedoch in zweifacher Beziehung statt:

a) Für die Frage, ob jemand vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat, finden nach § 276 Abs. 1 S. 3 die §§ 827, 828 Anwendung, die Haftung ist somit ausgeschlossen, soweit einer der in diesen §§ erwähnten Umstände vorliegt.

b) In gewissen Fällen hat man nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, die man in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, (§§ 690 unentgeltliches Depositum, 708 Gesellschaft, 1359 Verpflichtungen der Ehegatten aus dem ehelichen Verhältnisse, 1664, 1686 elterliche Gewalt, 2131 Verwaltung der Erbschaft durch den Vorerben). Hierin liegt eine Ermäßigung der Haftung („nur" § 277); wer in eigenen Angelegenheiten sorgsamer zu sein pflegt, als im Verkehr erforderlich ist, braucht in fremden Angelegenheiten diese höhere Sorgfalt nicht anzuwenden. Es fällt also, wenn er in den oben angegebenen Fällen sich einer Fahrlässigkeit schuldig macht, seine Haftung weg, wenn er in seinen eigenen Angelegenheiten auch nicht sorgfältiger verfährt, was er im gegebenen Falle zu beweisen hat. Liegt jedoch eine grobe Fahrlässigkeit vor, so gereicht ihm seine Sorglosigkeit in eigenen Angelegenheiten nicht zur Entschuldigung (§ 277).

---

[10]) Vergl. E. I § 144.

[11]) § 347 HGB. verlangt bei Handelsgeschäften die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns (vergl. §§ 241, 249 Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns). Damit ist nicht etwas vom § 276 BGB. Abweichendes vorgeschrieben, sondern der Regel dieses § ein „bestimmterer Inhalt" (Denkschrift zu dem Entwurf eines HGB. S. 208) gegeben. Dieser bestimmtere Inhalt muß aber dem § 276 immer je nach dem in Frage stehenden Rechtsverhältnisse gegeben werden.

5. Zur Terminologie des BGB. ist noch zu bemerken:

a) Fahrlässigkeit umfaßt grobe und gewöhnliche Fahrlässigkeit. Verschulden umfaßt Vorsatz und Fahrlässigkeit. Wo nur grobe Fahrlässigkeit in Betracht kommt, ist es im Gesetz immer besonders hervorgehoben (Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit §§ 300, 521, 599, 680).

b) Wo das Gesetz von der Verletzung einer Pflicht spricht, ist nur objektiv, ohne Rücksicht auf ein Verschulden, Nichterfüllung gemeint (§§ 53, 971 Abs. 2, 1054, 1217).

c) Kennen müssen bedeutet: etwas aus Fahrlässigkeit nicht kennen (§ 122 Abs. 2). Diese fahrlässige Unkenntniß steht der Kenntniß nur dann gleich, wenn es im Gesetze besonders gesagt ist: („kannte oder kennen mußte": §§ 123 Abs. 2, 142 Abs. 2, 169, 179 Abs. 3, 254 Abs. 2, nicht aber 892 „bekannt ist").

d) Der gute Glaube wird außer durch Vorsatz nur durch grobe Fahrlässigkeit ausgeschlossen (§ 932 Abs. 2). In gutem Glauben, im Sinne des Gesetzes, befindet sich also auch, wer zwar den seinem Rechte entgegenstehenden Umstand kennen mußte, dessen Unkenntniß aber nicht auf grober Fahrlässigkeit beruht (z. B. §§ 933, 934, 937 Abs. 2, 955, 990 u. s. w.).

§ 34. Erfordernisse eines wirksamen Rechtsgeschäfts.

Als allgemeine[1*] Erfordernisse eines wirksamen Rechtsgeschäfts ergeben sich aus dem Gesetze:

1. die Geschäftsfähigkeit der Betheiligten (§§ 104—115),
2. das Nichtvorhandensein von Willensmängeln (§§ 116—124),
3. die Beobachtung der erforderlichen Form (§§ 125—129),
4. die gehörige Erklärung des Willens (§§ 130—132)[2*] und
5. daß der Eintritt des beabsichtigten Erfolges nicht durch das Gesetz gehindert wird (kein vom Gesetze gemißbilligter Inhalt §§ 134—138).

§ 35. Die Geschäftsfähigkeit.

Die Fähigkeit, ein Rechtsgeschäft in wirksamer Weise vorzunehmen (Geschäftsfähigkeit)[1]), besitzen nicht alle Personen; es giebt vielmehr Personen, denen sie vollständig fehlt, — geschäftsunfähige — und solche, denen sie zwar zusteht, aber in beschränkter Weise, — in der Geschäftsfähigkeit beschränkte.

I. Geschäftsunfähig sind (§ 104): **§ 104.**

1. Personen, die nicht das siebente Lebensjahr vollendet haben.

2. Wegen Geisteskrankheit entmündigte Personen. Die wegen Geistesschwäche[2]) Entmündigten sind nur in der Geschäftsfähigkeit beschränkt (§ 114). Die Geschäftsunfähigkeit ist eine nothwendige Folge der Entmündigung wegen Geisteskrankheit und dauert von dem Zeitpunkt, in dem der Entmündungs-Beschluß in Wirksamkeit tritt (§ 661 CPO.)[3]), bis zu dem Zeitpunkt, in dem die Anordnung der Aufhebung in Wirksamkeit tritt (§§ 672,

---

[1*]) D. h. für alle Rechtsgeschäfte geltende. Die einzelnen Rechtsgeschäfte (Kauf, Schenkung u. s. w.) haben noch besondere Erfordernisse.

[2*]) Nach § 894 CPO. steht es der Erklärung des Willens gleich, wenn Jemand zur Abgabe einer Willenserklärung rechtskräftig verurtheilt ist.

[1]) Ueber den weiteren Begriff der Handlungsfähigkeit vergl. oben S. 136, 137.

[2]) Vergl. oben § 12 S. 40 ff.

[3]) S. oben S. 42 Anm. 10.

678, 679 CPO.), selbst wenn die Entmündigung zu Unrecht erfolgt[4]) oder wenn inzwischen Besserung eingetreten ist. Lichte Zwischenräume erkennt das Gesetz nicht an.[5])

3. Geisteskranke, so lange sie nicht entmündigt sind. Das Gesetz sagt (§ 104 Nr. 2) im Anschluß an § 51 StGB.: „wer sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistesthätigkeit befindet, sofern nicht der Zustand seiner Natur nach ein vorübergehender ist." Dieser Zustand ist aber, wie oben[6]) ausgeführt ist, der der Geisteskrankheit[7]) im Sinne des § 6 Nr. 1, anderenfalls würde man neben der Geisteskrankheit und der Geistesschwäche noch einen dritten Grad der geistigen Erkrankung anzunehmen haben, und man käme zu Unterscheidungen, die wissenschaftlich unbegründet und vor allem praktisch nicht zu verwerthen wären.[8]) Ist dieser Zustand der Geisteskrankheit erwiesen, so braucht nicht außerdem bewiesen zu werden, daß die Willenserklärung während eines Anfalls der Geisteskrankheit abgegeben worden ist. Auch nicht einmal einen Gegenbeweis läßt das Gesetz zu, indem es ausspricht, daß wer sich in dem Zustande des § 104 Nr. 2 befindet, geschäftsunfähig ist, also unter allen Umständen und ohne Ausnahme, wie die Personen des § 104 Nr. 1 und Nr. 3. Das Gesetz erkennt somit auch bei nicht entmündigten Geisteskranken keine lichten Zwischenräume an.

§§ 106, 114. II. In der Geschäftsfähigkeit beschränkt sind:

1. Minderjährige, die das siebente Lebensjahr vollendet haben (§ 106),

2. Personen, die wegen Geistesschwäche, wegen Verschwendung oder wegen Trunksucht entmündigt sind (§ 114),

3. Personen, die nach § 1906 unter vorläufige Vormundschaft gestellt sind (§ 114).

§ 105. III. 1. Die Willenserklärungen, welche geschäftsunfähige Personen abgeben,[9]) sind nichtig (§ 105 Abs. 1); sie können also auch nicht durch die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters Wirksamkeit erlangen. Dies gilt auch von solchen Willenserklärungen, durch die lediglich ein Vortheil erlangt wird, wie die Annahme von Schenkungen. Für einen Geschäftsunfähigen kann ein wirksames Rechtsgeschäft nur durch den gesetzlichen Vertreter vorgenommen werden.[10])

---

[4]) Vergl. jedoch § 115.

[5]) Eine Ausnahme gilt für die Testierfähigkeit nach Maßgabe der Bestimmung des § 2230.

[6]) Seite 40.

[7]) Nicht auch der der Geistesschwäche, denn diese schließt die freie Willensbestimmung nicht vollständig aus, s. oben S. 40; auch wäre das Resultat, daß der nicht entmündigte Geistesschwache geschäftsunfähig, der entmündigte Geistesschwache aber nur in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, völlig unannehmbar. Ebenso Hölder Anm. 3 zu § 104. A. M. Endemann I § 35, Rehbein S. 115 unter 2a.

[8]) Auch in den Worten: „sofern nicht der Zustand seiner Natur nach ein vorübergehender ist", ist kein Unterschied gegen § 6 Nr. 1 zu finden, denn daß auch dort eine nicht vorübergehende Geisteskrankheit gemeint ist, ergiebt sich aus dem Zwecke der Entmündigung; sie ist „für die Zukunft und eine gewisse Dauer berechnet, Zustände, welche in vorübergehenden Verhältnissen ihren Grund haben, kommen nicht in Betracht", M. I S. 61.

[9]) Ueber die Entgegennahme von Willenserklärungen durch geschäftsunfähige Personen s. unten § 38.

[10]) In denjenigen Fällen, in denen das Gesetz überhaupt keine Vertretung oder die gesetzliche Vertretung nicht zuläßt (z. B. §§ 1317, 1437 Abs. 1, 2064), entfällt somit die Möglichkeit, das Rechtsgeschäft für den Geschäftsunfähigen abzuschließen.

2. Die Willenserklärung, die eine an sich geschäftsfähige Person im Zustande der Bewußtlosigkeit oder einer vorübergehenden Störung der Geistesthätigkeit (z. B. Schlaf, Hypnose, Trunkenheit, Fieber) abgiebt, ist gleichfalls nichtig. (§ 105 Abs. 2.)

§ 36. Fortsetzung. Die beschränkte Geschäftsfähigkeit.

I. Die Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen, — und diesen stehen die übrigen in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Personen gleich — ist im Wesentlichen nach dem Vorbilde des preuß. Gesetzes vom 12. Juli 1875 geregelt.

§ 107. 1. Rechtsgeschäfte, durch welche sie lediglich einen rechtlichen Vortheil erlangen, können sie selbständig in wirksamer Weise vornehmen (z. B. Annahme einer Schenkung, eines Erlasses).

2. Zu Rechtsgeschäften dagegen, durch welche sie nicht lediglich einen rechtlichen Vortheil erlangen, z. B. zu allen gegenseitigen Verträgen, zur Leihe, da auch mit dieser Pflichten des Entleihers verbunden sind (§§ 601 ff.), zur Annahme einer geschuldeten Leistung, da sie das Erlöschen des Schuldverhältnisses zur Folge hat (§ 362), zur Bewirkung einer Leistung, da sie eine Verfügung über den Gegenstand der Leistung in sich schließt, ist die Einwilligung[1]) des gesetzlichen Vertreters erforderlich.[2]) Die Einwilligung, die formlos sein kann, ist ein empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft; sie kann sowohl dem Minderjährigen als dem anderen Theile gegenüber erklärt werden.[3])

3. Fehlt diese Einwilligung (vorherige Zustimmung), so sind die Folgen verschieden bei Verträgen und einseitigen Willenserklärungen.

§ 109. a) Bei Verträgen ist der andere Theil zunächst gebunden; er kann den Vertrag in der Regel nicht widerrufen,[4]) wie auch der Minderjährige selbst nicht widerrufen kann, da er dadurch ein erworbenes Recht aufgeben würde. Ausnahmsweise steht dem anderen Theile das Widerrufsrecht zu: 1. wenn ihm die Minderjährigkeit nicht bekannt war, 2. wenn er die Minderjährigkeit zwar gekannt, der Minderjährige aber wahrheitswidrig die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters behauptet hat, und dem anderen Theile das Fehlen der Einwilligung beim Vertragsabschlusse nicht bekannt war. (§ 109.)

Zu beachten ist, daß in beiden Fällen das schuldhafte Nichtkennen (Kennenmüssen) dem Kennen nicht gleichsteht. Die Beweislast vertheilt sich folgendermaßen: der andere Theil hat nur zu beweisen, daß er rechtzeitig, d. h. vor der

---

[1]) Terminologie: Zustimmung begreift Einwilligung und Genehmigung in sich; Einwilligung ist die vorherige Zustimmung (§ 183), Genehmigung die nachträgliche Zustimmung (§ 184). Diese Terminologie ist jedoch nicht festgehalten, wo es der Zustimmung des Vormundschaftsgerichts, Gegenvormundes oder Beistandes bedarf, vielmehr wird in diesen Fällen immer nur von Genehmigung gesprochen §§ 1821, 1812, 1690.

[2]) Zu gewissen Rechtsakten bedarf ausnahmsweise der in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte der Zustimmung des Vertreters nicht, vergl. §§ 1336 Abs. 1, 1516 Abs. 2, 1595 Abs. 1, 1748 Abs. 2, 2282 Abs. 1, 2290 Abs. 2, 2296 Abs. 1 — dagegen §§ 1437 Abs. 2, 1729. — Ueber die Entgegennahme empfangsbedürftiger Willenserklärungen (§ 131 Abs. 2) s. unten § 38. Statt der Vornahme des Rechtsgeschäfts durch den beschränkt Geschäftsfähigen kann die Vornahme für ihn durch seinen gesetzlichen Vertreter erfolgen, soweit nicht nach besonderen Bestimmungen Vertretung unzulässig ist.

[3]) In den Fällen der §§ 1643, 1812, 1821, 1822 ist noch außerdem die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts resp. des Gegenvormundes erforderlich. Ueber die Folgen des Fehlens dieser Genehmigung s. §§ 1829—1832.

[4]) Der Ausdruck Widerruf ist im § 109 gewählt, weil Rücktritt von einem Vertrag eine andere technische Bedeutung hat, nämlich, wie die §§ 346 ff. ergeben, einen wirksamen Vertrag voraussetzt.

Genehmigung widerrufen hat; dem gegenüber hat der Minderjährige zu beweisen, daß der andere Theil die Minderjährigkeit gekannt hat; steht dies fest, so hat der andere Theil — um darzuthun, daß der Widerruf trotzdem zulässig sei, — zu beweisen, daß der Minderjährige die Einwilligung des Vertreters behauptet hat; dieser Behauptung kann wieder der Minderjährige mit dem Beweise begegnen, daß dem anderen Theile das Fehlen der Einwilligung bekannt war.

Der Widerruf, ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, kann sowohl dem gesetzlichen Vertreter als dem Minderjährigen gegenüber (Ausnahme von § 131 Abs. 2) erklärt werden und hat zur Folge, daß der Vertrag nicht wirksam werden kann.[5])

§ 108. Ist kein oder kein wirksamer Widerruf erfolgt, so wird der Vertrag wirksam, wenn der gesetzliche Vertreter oder der unbeschränkt geschäftsfähig gewordene Minderjährige seine Genehmigung (nachträgliche Zustimmung) ertheilt (§ 108 Abs. 1, 3).[6]) Die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters kann nach § 182 Abs. 1 sowohl dem Minderjährigen als dem anderen Theile gegenüber erklärt werden und zwar formlos (§ 182 Abs. 2), also auch stillschweigend. Sie hat rückwirkende Kraft[7]) und ist unwiderruflich.

Der andere Theil kann dem Schwebezustande dadurch ein Ende machen, daß er den gesetzlichen Vertreter zur Erklärung über die Genehmigung auffordert. Ist dies geschehen, so können die Erklärungen über die Ertheilung oder Verweigerung der Genehmigung nur dem anderen Theile, nicht auch dem Minderjährigen gegenüber erfolgen, und zwar muß die Genehmigung bis zum Ablaufe von zwei Wochen nach dem Empfange der Aufforderung erklärt werden, widrigenfalls sie als verweigert gilt (§ 108 Abs. 2). Die Beweislast dafür, daß die Genehmigung rechtzeitig erklärt ist, trifft den, der Rechte daraus herleitet. Der Aufforderung an den gesetzlichen Vertreter ist vom Gesetze die Bedeutung beigelegt, daß der andere Theil auf die Wirksamkeit aller etwaigen dem Minderjährigen gegenüber hinsichtlich der Genehmigung bereits abgegebenen Erklärungen verzichtet und nun erst die entscheidende Erklärung verlangt. Es tritt daher die wichtige Folge ein, daß Erklärungen über die Genehmigung,[8]) die der gesetzliche Vertreter dem Minderjährigen gegenüber schon abgegeben hatte, unwirksam werden. Der gesetzliche Vertreter

---

[5]) Dieses Widerrufsrecht des § 109 bedeutet den Bestimmungen des preußischen Gesetzes vom 12. Juli 1875 gegenüber eine wichtige Neuerung.

[6]) Hieraus folgt gleichzeitig, daß der an sich zulässige Widerruf unwirksam ist, wenn vorher der Vertreter bereits, sei es auch nur intern, dem Minderjährigen gegenüber, die Genehmigung ertheilt hatte. (§ 109 „bis zur Genehmigung des Vertrags . . . “.) Vergl. Hachenburg S. 449. Hat also der Minderjährige dem gesetzlichen Vertreter von dem ohne dessen Einwilligung mit A. geschlossenen Vertrage Mittheilung gemacht, und der Vormund dem Minderjährigen erklärt, daß er den Vertrag genehmige, so würde ein nunmehr eingehender Widerruf des A. bedeutungslos sein. Der Widerruf kann nur erfolgen, wenn der Vertrag noch nicht wirksam ist, also nicht, wenn die Einwilligung ertheilt war und nicht mehr, wenn die Genehmigung erfolgt ist.

[7]) Vorbehaltlich der Bestimmung des § 184 Abs. 2.

[8]) Nicht auch über die Einwilligung, denn von Verträgen, zu denen vorher die Einwilligung ertheilt war, handelt § 108 überhaupt nicht. Fordert also der andere Theil, der nicht weiß, daß der gesetzliche Vertreter zu dem Vertrage seine (vorherige) Einwilligung gegeben hatte, den Vertreter zur Erklärung auf, und wird die Genehmigung verweigert, sei es ausdrücklich, sei es durch Verstreichenlassen der zweiwöchigen Frist, so bleibt trotzdem der thatsächlich wirksame Vertrag wirksam. Zu einer Klarheit darüber, ob die Einwilligung zu dem Vertrag ertheilt ist, kann der andere Theil, wenn der gesetzliche Vertreter ihm keine Auskunft darüber ertheilt, wohl nur durch eine Klage auf Feststellung der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des Vertrags gelangen. Vergl. Prot. I S. 60.

kann, wenn er dem Minderjährigen gegenüber bereits die Genehmigung erklärt hatte, sie dennoch dem anderen Theile gegenüber verweigern und umgekehrt. Ist der Minderjährige inzwischen großjährig geworden, so ist die Aufforderung an ihn zu richten, und es tritt dieselbe Wirkung ein, daß eine vom Vertreter dem Minderjährigen gegenüber bereits abgegebene Erklärung unwirksam wird, und der Großjährige sich von neuem entschließen kann, ob er die Genehmigung ertheilen oder verweigern will.

§ 110. Ausnahmsweise ist ein ohne vorherige (Einwilligung) oder nachträgliche (Genehmigung) Zustimmung des gesetzlichen Vertreters geschlossener Vertrag von Anfang an wirksam, wenn der Minderjährige die ganze[9]) ihm auf Grund des Vertrags obliegende Leistung mit Mitteln bewirkt, die ihm zu diesem Zwecke oder zu freier Verfügung (z. B. als Taschengeld) von dem Vertreter oder mit dessen Zustimmung von einem Dritten überlassen worden sind.[10]) Die Wirksamkeit des Vertrags wird erst durch die Bewirkung der Leistung herbeigeführt. Bis zur Bewirkung der Leistung kommen, wenn die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters fehlte, die Vorschriften der §§ 108, 109 zur Anwendung. Die Vorschrift des § 110 beruht darauf, daß in dem Ueberlassen der Mittel eine Zustimmung zu dem Geschäfte liegt. Der Minderjährige ist daher für Prozesse aus einem solchen Vertrage nicht prozeßfähig, da die Wirksamkeit des Vertrags nicht auf der Verpflichtungsfähigkeit des Minderjährigen, sondern auf der Zustimmung des Vertreters beruht (§ 52 CPO.).

§ 111. b) Hat der Minderjährige ein einseitiges Rechtsgeschäft, z. B. Mahnung, Kündigung, ohne die nach § 107 erforderliche Einwilligung (vorherige Zustimmung) des gesetzlichen Vertreters vorgenommen, so ist es unwirksam — nichtig — (§ 111) und kann auch nicht durch nachträgliche Genehmigung Wirksamkeit erlangen. Da die Einwilligung auch dem Minderjährigen gegenüber erklärt werden kann (§ 182 Abs. 1), so würde bei einem empfangsbedürftigen Rechtsgeschäfte der andere Theil nur schwer in der Lage sein, festzustellen, ob die Einwilligung ertheilt, das Rechtsgeschäft, z. B. die Kündigung einer Wohnung, also wirksam ist. Deswegen bestimmt das Gesetz zum Schutze des Anderen, daß, wenn ihn der gesetzliche Vertreter nicht von der Einwilligung in Kenntniß gesetzt hatte, das Rechtsgeschäft unwirksam ist, wenn der Minderjährige nicht die Einwilligung in schriftlicher Form vorlegt, und der Andere aus diesem Grunde das Rechtsgeschäft unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern,[11]) zurückweist.

[9]) Bezahlt z. B. der Minderjährige nur einen Theil des Kaufpreises mit den ihm überlassenen Mitteln, so wird der Vertrag überhaupt nicht wirksam. Ob übrigens die Bewirkung der Leistung sofort oder später erfolgt, ist gleichgültig; ebenso braucht die Gegenleistung nicht bewirkt zu sein, es genügt z. B. wenn der Minderjährige seinerseits den Kaufpreis bezahlt hat, wenn auch die Sache nicht übergeben ist. „Mittel" sind nicht nur Geld, sondern auch andere Gegenstände, mit denen eine vertragsmäßige Leistung bewirkt werden kann. Sind z. B. dem Minderjährigen Bücher zur freien Verfügung überlassen worden, so ist der Verkauf der Bücher gültig, sobald deren Uebergabe bewirkt ist; kauft der Minderjährige nun wieder andere Sachen, die er mit dem Erlös aus den Büchern bezahlt, so ist dieser Kauf dann wirksam, wenn anzunehmen ist, daß die Ueberlassung sich nicht nur auf die Bücher selbst, sondern auch auf den eventuellen Erlös erstreckt hat.

[10]) Zu dieser Ueberlassung ist nach den §§ 1644, 1824 in gewissen Fällen die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich. Ist die Ueberlassung ohne diese Genehmigung erfolgt, so ist sie nichtig und es tritt die Wirkung des § 110 nicht ein.

[11]) Unverzüglich hat im Gesetze die feste terminologische Bedeutung: ohne schuldhaftes Zögern (§ 121). Wer eine Erklärung unverzüglich abzugeben hat, muß demgemäß, wenn nach Lage des Falles objektiv ein Zögern vorliegt, beweisen, daß ihm bei dieser Zögerung kein Verschulden zur Last fällt, d. h. daß er die im Verkehr erforderliche

4. Der Umstand, daß der Andere die Minderjährigkeit nicht gekannt hat, ist für die Frage der Wirksamkeit des Vertrags oder des einseitigen Rechtsgeschäfts gleichgültig; ist ihm dadurch, daß er auf die Wirksamkeit vertraut hat, ein Schaden erwachsen, so haftet ihm der Minderjährige nur nach den allgemeinen Grundsätzen über Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen.

5. Eine erweiterte Geschäftsfähigkeit erlangt der Minderjährige

§ 112. a) dadurch, daß ihm der gesetzliche Vertreter[12]) die Ermächtigung zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts[13]) ertheilt. Er ist dann unbeschränkt geschäftsfähig für alle Rechtsgeschäfte, die der Geschäftsbetrieb mit sich bringt, mit Ausnahme derjenigen, zu denen der gesetzliche Vertreter nach den §§ 1643, 1821, 1822 der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf; für diese Geschäfte bleibt er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so daß die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters nach den allgemeinen Grundsätzen und außerdem die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich sind. Die erweiterte Geschäftsfähigkeit hat nach § 52 CPO. die Folge, daß der Minderjährige für den erwähnten Geschäftskreis auch prozeßfähig ist. Die Ertheilung und die Zurücknahme der Ermächtigung bedürfen der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts und sind ohne diese nichtig;

§ 113. b) dadurch, daß ihn der gesetzliche Vertreter ermächtigt, in Dienst oder in Arbeit zu treten. Er ist dann unbeschränkt geschäftsfähig (also auch prozeßfähig) für alle Rechtsgeschäfte, welche die Eingehung oder Aufhebung des Arbeits- oder Dienstverhältnisses[14]) oder die Erfüllung der sich aus diesem für ihn oder den anderen Theil ergebenden Verpflichtungen (z. B. Annahme des Lohnes, Erlaß desselben, Vergleich u. s. w.) betreffen, wieder mit Ausnahme derjenigen Rechtsgeschäfte[15]), zu denen der Vertreter der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf. Die Ermächtigung kann auf eine bestimmte Art von Arbeits- oder Dienstverhältnissen, auch auf ein einzelnes Verhältniß beschränkt werden; für den letzteren Fall giebt jedoch das Gesetz die Auslegungsregel, daß sie als eine allgemeine Ermächtigung zur Eingehung

---

Sorgfalt nicht verletzt hat (§ 276). Eine andere Bedeutung hat der Ausdruck „sofort"; was „sofort" geschehen muß (z. B. § 147 Abs. 1 Satz 1), geschieht bei einer Verzögerung selbst dann zu spät, wenn das Zögern nicht auf einem Verschulden beruht.

[12]) Und zwar nur dieser. Eine Ersetzung der Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht, wie im Falle des § 113 Abs. 3, findet hier nicht statt.

[13]) Unter einem Erwerbsgeschäfte (vergl. auch §§ 1367, 1405) wird eine „jede regelmäßige, auf selbständigen Erwerb gerichtete Thätigkeit verstanden, mag dieselbe in Handel, der Betreibung einer Fabrik oder eines Handwerkes, der Ausübung eines künstlerischen oder wissenschaftlichen Berufs, der Landwirthschaft u. s. w. bestehen" M. I S. 142. A. M. Hachenburg, S. 451, der den Ton auf das Wort Geschäft legt. S. dagegen RG. Bd. 28 S. 278 ff. (Schauspielerin).

[14]) Auch eine Vertragsstrafe kann er wirksam vereinbaren; die gegentheilige Ansicht der Motive I S. 145 ist im Gesetze nicht zum Ausdrucke gebracht. A. M. Rehbein S. 114.

[15]) Im Gesetze heißt es merkwürdiger Weise im § 113 Abs. 1 Satz 2: ausgenommen sind Verträge ꝛc., während es im § 112 Abs. 1 Satz 2 heißt: ausgenommen sind Rechtsgeschäfte. Wollte man sich bei der Auslegung an den Wortlaut des Gesetzes halten, so würde man zu dem Resultate gelangen, daß im § 113 die Ausnahme eine engere ist, als im § 112, daß sie sich nämlich nur auf Verträge und nicht auf einseitige Rechtsgeschäfte bezieht, daß also die erweiterte Geschäftsfähigkeit des § 113 die Folge hätte, daß der Minderjährige einseitige Rechtsgeschäfte selbst dann selbständig vornehmen dürfte, wenn sein Vertreter der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf (z. B. § 1822 Nr. 9: Annahme eines Wechsels, § 1822 Nr. 13: Aufgabe einer Hypothek vergl. §§ 875, 1168), während die erweiterte Geschäftsfähigkeit des § 112 diese Folge nicht hätte. Man muß jedoch annehmen, daß „Verträge" im § 113 nur irrthümlich statt „Rechtsgeschäfte" gesagt ist.

von Verhältnissen derselben Art anzusehen ist. Die Beschränkung auf den einzelnen Fall müßte also deutlich erhellen.

Die einmal ertheilte Ermächtigung kann jederzeit vom gesetzlichen Vertreter zurückgenommen oder eingeschränkt werden. Der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf — im Gegensatze zu § 112 — weder die Ertheilung noch die Zurücknahme der Ermächtigung. Verweigert aber der Vormund die Ermächtigung, so kann sie auf Antrag des Minderjährigen durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden; dieses hat die Ermächtigung zu ersetzen, wenn sie im Interesse des Mündels liegt.[16]) Die Befugniß, die Ermächtigung zurückzunehmen oder einzuschränken, steht dann nur dem Vormundschaftsgerichte zu.[17]) Dem Inhaber der väterlichen Gewalt gegenüber steht dem Vormundschaftsgerichte das Recht, die verweigerte Ermächtigung zu ersetzen, nicht zu.

§ 114. II. Alle diese für die Minderjährigen gegebenen Vorschriften gelten auch für die anderen Personen, die in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sind.[18])

1. Diese Beschränkung beginnt bei den wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigten Personen mit der Zustellung des die Entmündigung aussprechenden Beschlusses an den Entmündigten (§§ 661 Abs. 2, 683 CPO.). Die Beschränkung endet mit dem Zeitpunkt, in welchem die die Entmündigung aufhebende Entscheidung (Beschluß oder Urtheil) nach den Bestimmungen der CPO. in Wirksamkeit tritt.[19]) Wird ein Volljähriger unter vorläufige Vormundschaft gestellt (§ 1906(, so beginnt die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit mit der Zustellung des Beschlusses an ihn, es sei denn, daß seine Entmündigung wegen Geisteskrankheit beantragt ist, in welchem Falle die Verfügung mit der Bestellung des Vormundes in Wirksamkeit tritt. Die Beschränkung endet mit der Zustellung des Beschlusses, durch welchen die vorläufige Vormundschaft aufgehoben wird (s. § 1908), an den Mündel.[20])

Die Pflegschaft über körperlich Gebrechliche, insbesondere Taube, Blinde, Stumme, sowie über geistig Gebrechliche (§ 1910), hat eine Beschränkung der Geschäftsfähigkeit nicht zur Folge.[21])

§ 115. 2. Die Geschäftsunfähigkeit der entmündigten Geisteskranken und die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit der entmündigten Geistesschwachen, Verschwender und Trunksüchtigen sind Folgen der Entmündigung und treten auch dann ein, wenn die Entmündigung zu Unrecht erfolgt ist. Wird jedoch der Entmündigungsbeschluß in Folge einer Anfechtungsklage (§§ 672, 684, 686 CPO.) aufgehoben, so hat das Urtheil rücksichtlich des Entmündigten rückwirkende Kraft: es kann die Wirksamkeit der von oder gegenüber dem Entmündigten vorgenommenen Rechtsgeschäfte nicht auf Grund des Entmündigungsbeschlusses — andere Gründe, z. B. § 105 Abs. 2, bleiben selbst-

---

[16]) Vergl. RFG. §§ 53, 60 Nr. 6 (sofortige Beschwerde gegen die stattgebende Verfügung).

[17]) Dies ist im Gesetze zwar nicht ausgesprochen, muß aber deshalb angenommen werden, weil sonst der Vormund die vom Gericht ertheilte Ermächtigung illusorisch machen könnte, indem er sie sofort zurücknimmt.

[18]) Vergl. jedoch für die Testierfähigkeit § 2229 Abs. 3, ferner §§ 1780 und 1781 Nr. 1.

[19]) Wann tritt diese bei der Aufhebung der Entmündigung wegen Verschwendung und Trunksucht im Falle von § 685 CPO. ein? Da der Beschluß unanfechtbar ist, so tritt er mit der Zustellung in Wirksamkeit; es muß also der Moment der Zustellung genau festgestellt werden; § 187 (computatio civilis) ist nicht anwendbar.

[20]) RFG. § 52; vergl. ferner § 60 Nr. 5 RFG.

[21]) Siehe jedoch rücksichtlich der Prozeßfähigkeit § 53 CPO. Eine Sondervorschrift über die Verantwortlichkeit der Taubstummen für unerlaubte Handlungen und vertragliches Verschulden geben die §§ 828 Abs. 2, 276 Abs. 1.

verständlich unberührt — in Frage gestellt werden. Rücksichtlich der Rechtsgeschäfte, die von oder gegenüber dem gesetzlichen Vertreter vorgenommen worden sind, tritt diese rückwirkende Kraft nicht ein: diese Rechtsgeschäfte bleiben wirksam.[22]) Dieselben Grundsätze gelten auch für die vorläufige Vormundschaft, wenn der Antrag auf Entmündigung zurückgenommen oder rechtskräftig abgewiesen wird, — in welchen Fällen die vorläufige Vormundschaft nach § 1908 Abs. 1 von selbst endigt — oder wenn die Entmündigung zwar ausgesprochen, der Beschluß aber in Folge einer Anfechtungsklage aufgehoben wird.[23])

§ 37. Mangelnde Ernstlichkeit des Willens.

In der Frage, welchen Einfluß der Mangel der Ernstlichkeit des Willens auf die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts hat, folgt das BGB. weder der sog. Willenstheorie, nach welcher eine Erklärung nur dann rechtliche Wirkung hat, wenn sie wirklich gewollt ist, noch der Erklärungstheorie, welche im Gegensatze hierzu das überwiegende Gewicht auf das legt, was als gewollt erklärt ist, nicht auf das, was wirklich gewollt ist. Das BGB. nimmt vielmehr, indem es die Bedürfnisse des praktischen Lebens berücksichtigt, eine vermittelnde Stellung ein. Es unterscheidet: a) die sog. Mental-Reservation (nebst dem sog. bösen Scherze), d. h. die Fälle, in denen der Erklärende die Nichtübereinstimmung seines Willens mit der Erklärung verhehlen will (§ 116); b) das sog. simulierte Rechtsgeschäft im engeren Sinne (Scheingeschäft), d. h. den Fall, in dem die Nichtübereinstimmung von Wille und Erklärung auf dem Einverständnisse beider Theile beruht (§ 117), und c) den Fall, in dem der Erklärende die Nichtübereinstimmung dem Anderen nicht verhehlen will, sondern annimmt, er kenne sie (§ 118).

§ 116. 1. Eine Willenserklärung, sowohl eine empfangsbedürftige wie eine nicht empfangsbedürftige — auch eine letztwillige Verfügung —, wird durch den geheimen Vorbehalt, das Erklärte nicht zu wollen, nicht unwirksam, vielmehr ist der Erklärende an seine Erklärung gebunden.

2. Diese Vorschrift ist jedoch nur im Interesse der Sicherheit des Verkehrs zum Schutze gutgläubiger Personen gegeben. Sie kommt daher bei empfangs-

[22]) Die Ansicht Rehbeins (S. 116), daß bei einer Kollision die vom Vormunde hergeleiteten Rechte den Vorzug haben, ist in dieser Allgemeinheit nicht zutreffend. Die Sache liegt genau so, wie in dem Falle, daß der Vertreter und der geschäftsfähige Vertretene Rechtsgeschäfte rücksichtlich desselben Gegenstandes eingegangen sind. Handelt es sich um obligatorische Geschäfte, haben z. B. beide dieselbe Sache an verschiedene Personen verkauft, so hat jeder der beiden Käufer den Anspruch auf Erfüllung und eventuell auf Schadensersatz. Handelt es sich um die Begründung dinglicher Rechte, so ist naturgemäß die Zeit der Begründung entscheidend, soweit nicht die Grundsätze über den Erwerb im guten Glauben eine andere Entscheidung bedingen. Hat z. B. der Bevormundete die an A. verkaufte Sache diesem durch constitutum possessorium (§ 930) übergeben, so ist im Falle des § 115 A. auch Eigenthümer geworden; hat demnächst der Vormund dieselbe Sache dem gutgläubigen B. körperlich (§ 929) übereignet, so wird B. Eigenthümer.

[23]) Die vorläufige Vormundschaft kann auch dadurch enden, daß die Verfügung, durch welche sie angeordnet worden ist, mit der sofortigen Beschwerde (§ 60 Nr. 5 RFG.) mit Erfolg angefochten worden ist. Für diesen Fall ist rücksichtlich der von und gegenüber dem Bevormundeten vorgenommenen Rechtsgeschäfte im § 61 RFG. dasselbe bestimmt, wie im § 115 Abs. 2. Für die von und gegenüber dem Vormunde vorgenommenen Rechtsgeschäfte ergiebt sich für diesen Fall die fortdauernde Wirksamkeit aus § 32 RFG. Vergl. Rausnitz Anm. 7 zu § 61. — Die Aufhebung der vorläufigen Vormundschaft in Gemäßheit des § 1908 Abs. 3, weil der Mündel des Schutzes nicht mehr bedarf, hat nur Bedeutung für die Zukunft; für die Zeit, während deren der Mündel unter vorläufiger Vormundschaft gestanden hat, bleiben die Folgen seiner beschränkten Haftung bestehen. Vergl. Rausnitz, Anm. 4 zu § 61.

bedürftigen Willenserklärungen dann nicht zur Anwendung, wenn der Andere den Vorbehalt, sei es auch nur zufällig, kennt,[1]) so daß er nicht getäuscht werden konnte; in diesem Falle ist die Erklärung nichtig.[2])

3. Sind bei einer empfangsbedürftigen Willenserklärung beide Theile einverstanden, daß sie nur zum Schein abgegeben (simuliert) sein soll,[3]) so ist sie nichtig.[4]) Ist das Rechtsgeschäft in der Absicht vorgenommen worden, Andere zu täuschen, so kann eine Schadensersatzpflicht nach den §§ 823 ff. begründet sein. Außerdem enthält das Gesetz aber zahlreiche Vorschriften, welche den Schutz Dritter gegen die Benachtheiligung durch simulierte Rechtsgeschäfte bezwecken. So ist der Schuldner, wenn er durch den bisherigen Gläubiger von der Abtretung in Kenntniß gesetzt worden ist, durch die Vorschrift des § 409 geschützt, falls er mit dem neuen Gläubiger sich einläßt. Der gutgläubige Erwerber ist durch die allgemeinen Vorschriften, welche zum Schutze des gutgläubigen Erwerbes gegeben sind, geschützt. Im Falle einer simulierten Bevollmächtigung gereichen zum Schutze dessen, der mit dem Bevollmächtigten sich eingelassen hat, die Vorschriften der §§ 171, 172. Ist eine Forderung nur zum Schein begründet, so ist der gutgläubige Erwerber derselben bei verbrieften Forderungen nach Maßgabe des § 405 geschützt; in anderen Fällen muß er allerdings den Einwand, daß die Forderung nicht besteht, gegen sich gelten lassen. § 117.

4. Wird durch das simulierte Geschäft ein anderes verdeckt (z. B. Schenkung durch Kauf, Darlehn mit Verpfändung durch Kauf mit Rückkauf, vergl. § 38 Gew.=O.), so ist das wirklich gewollte Geschäft wirksam, wenn alle seine Erfordernisse vorliegen.

5. Nichtig ist endlich eine nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung dann, wenn der Erklärende nicht die Absicht gehabt hat, den Mangel der Ernstlichkeit zu verhehlen, sondern erwartet hat, dieser Mangel werde nicht verkannt werden, gleichgültig jedoch, ob er wirlich erkannt worden ist; z. B. Erklärungen, die zum Scherz, auf der Bühne, der Belehrung wegen abgegeben sind, oder in der Absicht, ein Scheingeschäft des § 117 abzuschließen, in der irrigen Meinung, der Andere sei mit der Simulationsabsicht einverstanden (sog. mißlungenes Scheingeschäft). Daß der Erklärende erwartet habe, es werde der Mangel der Ernstlichkeit nicht verkannt werden, ist ein interner Vorgang, der nur dann beachtet werden kann, wenn er durch objektive Umstände (Ort, Gelegenheit der Abgabe) feststellbar ist. Ist dies nicht der Fall, so liegt nur eine nicht zu beachtende Mentalreservation im Sinne des § 116 Abs. 1 vor. § 118.

---

[1]) Das Kennenmüssen steht dem Kennen nicht gleich. Irgend eine Erkundigungspflicht besteht nicht.

[2]) Anders jedoch, wie sich aus den §§ 1323—1328 ergiebt, bei der Ehe. Für diese gelten die §§ 116—118 überhaupt nicht.

[3]) Die beiden Fälle der §§ 116 Satz 2 und 117 Abs. 1 sind eng verwandt. Der begriffliche Unterschied ist der, daß im ersteren Falle (der Mentalreservation) der Erklärende seinen wahren Willen Jedem verheimlichen will und der Erklärungsempfänger nur zufällig von dem Willensmangel Kenntniß erlangt. Beim Scheingeschäfte des § 117 Abs. 1 will der Erklärende Dritte (nach außen) täuschen, mit dem Empfänger der Erklärung (nach innen) dagegen ist er über die bloße Scheinnatur des Geschäfts einig. Vergl. Prot. I S. 96, 97.

[4]) Da auf die Nichtigkeit sich jeder Dritte berufen kann, so kann im Falle der simulierten Abtretung einer Forderung der Schuldner stets die Nichtigkeit der Abtretung geltend machen. Vergl. unten S. 148 Anm. 8.

§ 122. 6. Wenn die Willenserklärung im Falle des § 118 auch nichtig ist, so ist doch der Erklärende schadensersatzpflichtig, und zwar tritt diese Schadensersatzpflicht, im Gegensatze zu dem im BGB. sonst angenommenen Prinzipe, selbst dann ein, wenn dem Erklärenden ein Verschulden nicht zur Last fällt, er insbesondere nicht voraussehen konnte, daß der Mangel der Ernstlichkeit nicht werde erkannt werden. Die Schadensersatzpflicht ist aber ausgeschlossen, wenn der Beschädigte den Mangel der Ernstlichkeit kannte oder kennen mußte. Berechtigt zur Schadensersatzforderung ist bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen deren Empfänger, bei nicht empfangsbedürftigen jeder Geschädigte. Zu ersetzen ist das sog. negative Interesse, d. h. der Schaden, den der Beschädigte dadurch erlitten hat, daß er auf die Gültigkeit der Willenserklärung vertraut und bei seinem weiteren Verhalten sich danach gerichtet hat, jedoch nicht über das positive Interesse hinaus, d. h. dasjenige, welches er an der Gültigkeit der Erklärung hat, das er also ersetzt verlangen könnte, wenn die Erklärung zwar wirksam, die übernommene Verpflichtung aber nicht erfüllt worden wäre.

7. Von dem simulierten Geschäfte muß das sog. fiduziarische Geschäft streng geschieden werden. Eine gewisse Aehnlichkeit, die oft zu einer Verwechslung beider Geschäfte führt, liegt darin, daß bei dem fiduziarischen Geschäfte der eigentlich beabsichtigte wirthschaftliche Erfolg (z. B. die Sicherung eines Gläubigers) zurückbleibt hinter den gesetzlichen Wirkungen des thatsächlich vorgenommenen Geschäfts (Eigenthumsübertragung). Der wesentliche Unterschied ist aber der, daß das fiduziarische Geschäft, so wie es vorgenommen ist, ernstlich gewollt ist, wenn auch nicht für die Dauer, da später, wenn der beabsichtigte Erfolg erreicht ist, die Wirkungen des Geschäfts, soweit es erforderlich, durch ein neues Geschäft (z. B. Wiederkauf) rückgängig gemacht werden sollen. Die häufigsten Fälle der fiduziarischen Geschäfte sind die Abtretung einer Forderung an den Gläubiger, um ihn zu sichern (sog. cessio in securitatem)[5], der in derselben Absicht vorgenommene Verkauf beweglicher Sachen an den Gläubiger[6], die Abtretung einer Forderung (z. B. Indossierung eines Wechsels), damit der neue Gläubiger sie für den Abtretenden einziehe. Die Wirkungen eines solchen fiduziarischen Rechtsgeschäfts sind die, daß nach innen, unter den Parteien, nur die wirklich gewollten Wirkungen, nach außen, Dritten gegenüber aber alle Wirkungen des thatsächlich vollzogenen Geschäfts eintreten.[7] Überschreitet der Fiduziar die ihm eingeräumten Befugnisse, tritt er z. B. die ihm nur zur Sicherung abgetretene Forderung abredewidrig weiter ab, so macht er sich dem anderen Theile gegenüber schadensersatzpflichtig, die Abtretung selbst aber ist rechtswirksam.[8]

---

[5] Vergl. RG. B. 30 S. 275.

[6] Vergl. RG. B. 2 S. 168 ff.

[7] Das BGB. behandelt das fiduziarische Rechtsgeschäft nicht, seine Zulässigkeit ist aber, angesichts der im Obligationenrechte herrschenden Vertragsfreiheit, ohne Bedenken, wenn nur nicht der beabsichtigte Erfolg ein gesetzlich verbotener ist (z. B. wenn Kauf mit Rückkauf gewählt ist, um die für die gewerbsmäßigen Pfandleiher gegebenen Beschränkungen zu umgehen; vergl. preuß. Gesetz vom 17. 3. 80, aufrecht erhalten durch EG. Art. 94). Der bloße Umstand aber, daß der beabsichtigte Erfolg nicht direkt erreicht werden kann (Verpfändung beweglicher Sachen, die aber dennoch im Besitze des Schuldners bleiben sollen), macht das fiduziarische Geschäft (die Eigenthumsübertragung) nicht unwirksam, denn es liegt keine Verletzung irgend eines Verbotsgesetzes vor. Eine gesetzliche Anerkennung hat das fiduziarische Geschäft im § 223 Abs. 2 erfahren.

[8] Vergl. RG. B. 24 S. 161, B. 26 S. 182. Während also der Einwand des Schuldners, die Abtretung der Forderung sei simuliert, immer erheblich ist (s. oben S. 147 Anm. 4), ist der bloße Einwand, die Abtretung sei nur zum Inkasso erfolgt, immer unerheblich.

§ 38. Irrthum.

§ 119.

1. Wenn der wirkliche Wille mit dem erklärten Willen nicht übereinstimmt, ohne daß dies dem Erklärenden bewußt ist (Irrthum), so ist unter den weiter im Gesetze gegebenen Voraussetzungen eine jede,[1]) sowohl empfangsbedürftige wie nicht empfangsbedürftige Willenserklärung durch den Erklärenden anfechtbar; die Nichtigkeit der Erkläung tritt also nicht von selbst, sondern nur in Folge der vom Erklärenden erfolgten Anfechtung ein.[2])

2. Der Irrthum begründet die Anfechtung nur (§ 119), wenn der Erklärende

a) über den Inhalt der Erklärung im Irrthume war oder

b) eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte.

Der Unterschied zwischen beiden Fällen ist der, daß im Falle b sich der Wille selbst fehlerfrei — ohne jeden Irrthum — gebildet hat, daß aber bei der Erklärung dieses Willens, bei der Erklärungshandlung, ein Irrthum vorgefallen ist, so daß die Erklärung dem Willen, den man kundgeben wollte, nicht entspricht (z. B. weil man sich versprochen, verschrieben, vergriffen oder eine untergeschobene Urkunde unterschrieben hat, oder weil die Bedeutung der gewählten Zeichen oder Worte eine andere ist, als man angenommen hat, was leicht vorkommen kann, wenn man sich zur Willenserklärung einer Sprache bedient, deren man nicht ganz mächtig ist). Im Falle a hat man das, was man erklärt, zwar gewollt, es ist aber die Bildung des Willens durch eine unrichtige Vorstellung (z. B. über den Gegenstand, die Personen u. s. w.) beeinflußt worden, so daß ohne den Irrthum dieser Wille sich überhaupt nicht gebildet, man also das Erklärte nicht gewollt hätte. In beiden Fällen muß aber der Irrthum den Inhalt der Erklärung betreffen; und zum Inhalte gehört jeder Bestandtheil der Erklärung, im Gegensatze zu Umständen, die, wie bloße Beweggründe,[3]) außerhalb der Erklärung liegen, kein Theil derselben geworden sind. Das Gesetz nimmt also[4]) einen lediglich subjektiven Standpunkt ein: der Irrthum über jeden beliebigen Bestandtheil der Willenserklärung kann zur Anfechtung führen, wenn deren weitere Voraussetzungen vorliegen, gleichgültig ob dieser Bestandtheil, objektiv betrachtet, ein wesentlicher des Ge-

---

Es hat aber dieser Umstand, wenn er erwiesen ist, die Folge, daß der Schuldner dem neuen Gläubiger gegenüber alle Rechtsbehelfe hat, die ihm gegen den abtretenden Gläubiger zustehen, denn wenn dieser auch das fiduziarische Geschäft immer gegen sich gelten lassen muß, so würde doch ein Verstoß gegen Treu und Glauben (vergl. §§ 157, 242) vorliegen, wenn er oder sein Mitkontrahent das fiduziarische Geschäft dazu benutzen wollte, sich Vortheile zu verschaffen, die ihm in Wirklichkeit nicht zustehen (RG. B. 36 S. 54).

[1]) Besondere Grundsätze gelten für letztwillige Verfügungen (§§ 2078, 2281) und für die Eheschließung (§§ 1332, 1333), vergl. auch § 1949.

[2]) S. unten S. 182.

[3]) Irrthum im Beweggrund ist dann erheblich, wenn der Bewegungsgrund zu einem Theile der Willenserklärung selbst gemacht worden ist, wodurch er freilich aufhört, bloßer Beweggrund zu sein, vielmehr ein Bestandtheil der Willenserklärung selbst wird. Hierbei ist jedoch zu beachten, daß das bloße Erwähnen oder Anführen des Bewegungsgrundes noch nicht hinreicht, ihn zu einem Bestandtheile des Inhalts der Erklärung zu machen. Vergl. Rehbein S. 134 Anm. c. Nach Sonderbestimmungen des Gesetzes ist der Irrthum im Motiv erheblich bei letztwilligen Verfügungen (§§ 2078 Abs. 2, 2079) und bei der Ausschlagung der Erbschaft oder des Vermächtnisses durch den Pflichttheilsberechtigten (§ 2308); vergl. auch §§ 779 und 814.

[4]) Im Gegensatze zum preußischen Rechte, welches objektiv festsetzte, welche Irrthumsfälle erheblich seien und welche nicht (ALR. I 4 §§ 75, 77, 81, 83, vergl. jedoch § 76). Um jedes Mißverständniß zu beseitigen, ist es auch abgelehnt worden, wie im E. I § 98 Beispiele wesentlichen Irrthums anzuführen. Prot. I S. 112.

schäfts ist oder nicht. In Erweiterung[5]) dieses Grundsatzes bestimmt jedoch das Gesetz (§ 119 Abs. 2), daß als Irrthum über den Inhalt der Erklärung der Irrthum über solche Eigenschaften der Person oder der Sache gelten soll, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden. Der Irrthum über Eigenschaften kann also erheblich sein:

a) nach § 119 Abs. 1, wenn sie zum Inhalte der Erklärung gehören; dann kommt es darauf, ob die Eigenschaften im Verkehr als wesentlich angesehen werden, nicht an;

b) nach § 119 Abs. 2, wenn sie nicht zum Inhalte der Erklärung gehören, sondern nur stillschweigend vorausgesetzt werden und somit eigentlich nur als Beweggrund in Betracht kommen, aber im Verkehr als wesentlich angesehen werden.

3. Ein hiernach an sich erheblicher Irrthum begründet aber die Anfechtung nur dann, wenn er auch wesentlich ist, und dies ist er nur, wenn anzunehmen ist, „daß der Erklärende die Erklärung bei Kenntniß der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde." Es kommt also allerdings an erster Stelle darauf an, ob der Erklärende ohne den Irrthum die Erklärung abgegeben hätte; seine subjektive Beurtheilung der Sachlage wird aber nur dann berücksichtigt, wenn sie sich unter Würdigung seiner subjektiven Verhältnisse zugleich objektiv als eine verständige darstellt. Ist dies nicht der Fall, so wird er selbst dann bei dem Geschäfte festgehalten, wenn klar ist, daß er es nicht vorgenommen hätte.[6])

4. Unerheblich für die Anfechtbarkeit ist es, ob der Irrthum ein thatsächlicher oder ein Rechtsirrthum, ob er entschuldbar oder unentschuldbar ist. Wenn aber der Erklärende von seinem Anfechtungsrechte Gebrauch macht, so ist er — ohne Rücksicht auf jedes Verschulden — nach den oben S. 148 unter 6 dargestellten Grundsätzen schadensersatzpflichtig (§ 122).

§ 120. 5. Dem Falle, daß die abgegebene Erklärung dem Willen nicht entspricht, ohne daß dies dem Erklärenden bekannt ist, ist der Fall verwandt, daß der Erklärende seine Erklärung dem Empfänger gegenüber nicht unmittelbar abgiebt, sondern sich zur Uebermittelung einer

---

[5]) Die Wortfassung des § 119 Abs. 2 ergiebt, daß es sich erstens um eine Erweiterung („auch"), zweitens um eine Fiktion („gilt als") handelt, d. h. daß ein eigentlich unter Abs. 1 nicht fallender Thatbestand doch per fictionem dazu gerechnet wird. Daraus ergiebt sich die Richtigkeit der im Texte aufgestellten Unterscheidung, denn was schon an sich unter Abs. 1 fällt, bedarf nicht der Gleichstellung durch Fiktion. Zu verwerfen ist also die Ansicht (z. B. von Gareis Anm. 12 zu §§ 119 u. A.), daß der Irrthum über Eigenschaften immer nur dann erheblich sei, wenn sie im Verkehr als wesentlich angesehen werden; vielmehr liegt dieses Erforderniß nur bei Eigenschaften vor, die nicht zum Inhalte der Erklärung gehören, während es bei Eigenschaften, die zu einem Bestandtheile der Willenserklärung gemacht worden sind, fortfällt. Es ist dies etwa dieselbe Unterscheidung, wie sie der landrechtlichen Eintheilung der Eigenschaften in ausdrücklich vorbedungene und stillschweigend vorausgesetzte zu Grunde liegt. Vergl. Leonhard S. 496 Anm. 2. Ferner ergiebt der Abs. 2, daß für die Anfechtbarkeit außerdem noch erforderlich ist, daß das in Abs. 1 für die Wesentlichkeit des Irrthums aufgestellte Erforderniß vorliegt; also: der Irrthum über eine stillschweigend vorausgesetzte Eigenschaft begründet die Anfechtung nur, wenn sie im Verkehr als wesentlich angesehen wird und wenn anzunehmen ist, daß der Erklärende bei Kenntniß der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles die Erklärung nicht abgegeben haben würde. A. M. Rehbein S. 137 Anm. e.

[6]) Der erste Entwurf (§ 98) stand auf dem rein subjektiven Standpunkte: „wenn anzunehmen ist, daß der Urheber bei Kenntniß der Sachlage die Willenserklärung nicht abgegeben haben würde." Hiernach hätten auch „bloße subjektive Launen" (Prot. I S. 110) des Irrenden berücksichtigt werden müssen. Die Berücksichtigung auch der Interessen des anderen Theiles führte zur Kombination des subjektiven und des objektiven Standpunkts.

anderen Person (eines Boten) oder einer Anstalt bedient, durch welche seine Erklärung unrichtig übermittelt wird[7]). Er kann in diesem Falle die Erklärung unter den oben unter 1—4 entwickelten Grundsätzen anfechten (§ 120).[8]) Es ist also für die Anfechtung erforderlich, daß die Unrichtigkeit den Inhalt der Erklärung betrifft und daß der Erklärende bei Kenntniß der Unrichtigkeit und bei verständiger Würdigung des Falles die Erklärung nicht abgegeben hätte. Wodurch die Unrichtigkeit der Uebermittelung verursacht worden ist, ist gleichgültig, auch beiBöswilligkeit des Boten, bei Verschulden des Erklärenden, der sich eines ganz ungeeigneten Boten bedient hat, bei höherer Gewalt ist die Anfechtbarkeit nicht ausgeschlossen. Zu beachten ist aber, daß die Mittelsperson nicht Vertreter, sondern Bote, und zwar Bote des Erklärenden sein muß; läßt der Empfänger der Willenserklärung sich durch seinen Boten die Erklärung holen, so kommt der § 120 nicht zur Anwendung.[9]) Als die zur Uebermittelung verwendete Anstalt kommt vor allem der Telegraph, unter Umständen auch der Fernsprecher in Betracht.[10])

§ 121.

6. Für die Anfechtung wegen Irrthums oder wegen unrichtiger Uebermittelung der Erklärung ist keine bestimmte Präklusivfrist gegeben, vielmehr vorgeschrieben, daß sie unverzüglich, nachdem der Anfechtungsberechtigte den Anfechtungsgrund (den Irrthum oder die unrichtige Uebermittelung) erfahren hat, erfolgen muß. — Dadurch ist das Interesse des anderen Theiles an der alsbaldigen Entscheidung darüber, ob die Erklärung angefochten werden wird oder nicht, geschützt: insbesondere ist er, wenn er den Anfechtungsgrund früher erfahren haben sollte, in der Lage, eine schleunige Entscheidung dadurch herbeizuführen, daß er selbst den Anfechtungsberechtigten von dem Anfechtungsgrund in Kenntniß setzt. Dem Gegner liegt die Beweislast dafür ob, wann der Anfechtungsberechtigte diese Kenntniß erlangt hat; dann ist es Sache des Anfechtungsberechtigten zu beweisen, daß er ohne schuldhaftes Zögern[11]) angefochten habe. Hierfür genügt aber, wenn die Anfechtung einem Abwesenden gegenüber erfolgt ist, der Nachweis, daß die Erklärung unverzüglich abgesendet worden ist. Hierin liegt keine Ausnahme von der Vorschrift des § 130; denn es wird eine

---

[7]) Vergl. den Fall RG. Bd. 28 S. 16.

[8]) Es tritt also auch die von einem Verschulden unabhängige Schadensersatzpflicht des § 122 ein, und zwar selbst dann, wenn die unrichtige Uebermittelung durch höhere Gewalt verursacht worden ist. Eine weitergehende Schadensersatzpflicht — nicht blos für das negative Interesse — kann nach § 831 begründet sein.

[9]) Z. B. A. hat dem B. eine Offerte durch Boten gemacht und sofortige Erklärung durch seinen Boten verlangt. Während B. dem Boten erklärt, daß er ablehne, theilt dieser dem A. mit, daß B. annehme. Diese Mittheilung ist für B. völlig bedeutungslos; es bedarf keiner Anfechtung, und B., der die Mittheilung des Boten an A. nicht gelten lassen will, ist nicht schadensersatzpflichtig. Und weiter: wenn B. etwa hinterher die Mittheilung des Boten gelten lassen wollte, so braucht sich doch A. darauf nicht einzulassen. Hierin liegt ein weiterer wichtiger Unterschied von § 120; denn im Falle dieses § ist der Empfänger der Willenserklärung an das Geschäft gebunden, wenn der Erklärende es nicht anficht, wie es überhaupt im Falle des Irrthums lediglich von dem Irrenden abhängt, ob er das Geschäft gelten lassen will oder nicht.

[10]) Bei Erklärungen mittelst Fernsprechers von Person zu Person wird man zu unterscheiden haben, ob das Telephon — vielleicht in Folge mangelhafter Anlage, oder einer Betriebsstörung — das Hineingesprochene unrichtig, verstümmelt wiedergiebt, oder ob es — was wohl häufiger der Fall sein wird — an sich richtig funktioniert, aber ein Mißverständniß auf Seite des Empfängers der Willenserklärung vorliegt. Im ersteren Falle kommt § 120 zur Anwendung; der letztere Fall ist dagegen so zu beurtheilen, als ob bei einem zwischen unmittelbar anwesenden Personen geführten Gespräch ein Mißverständniß obwaltet.

[11]) S. hierüber oben § 36 (S. 143) Anm. 11.

erfolgte Anfechtung, also, daß sie dem Gegner zugegangen ist (§ 130), vorausgesetzt, nur wird für die Frage der Rechtzeitigkeit der Anfechtung nicht der Zeitpunkt des Zugehens, sondern der der Absendung[12]) für entscheidend erklärt.

Wenn seit der Abgabe der Willenserklärung 30 Jahre verstrichen sind, so ist die Anfechtung ausgeschlossen, gleichgültig, wann der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrunde Kenntniß erlangt.

§ 39. Täuschung.

§ 123. Anfechtbar ist ferner eine Willenserklärung, zu welcher der Erklärende durch arglistige Täuschung bestimmt worden ist.[1]) (§ 123.)

1. Vorausgesetzt wird eine arglistige Täuschung: es muß der Erklärende getäuscht, d. h. in einen Irrthum versetzt worden sein, und diese Täuschung muß arglistig, d. h. mit dem Vorsatze, zu täuschen erfolgt sein. Etwas Weiteres ist nicht erforderlich, insbesondere nicht, wie bei dem strafrechtlichen Begriffe des Betrugs, die auf eine widerrechtliche Vermögensbereicherung gerichtete Absicht des Täuschenden noch eine Vermögensschädigung auf Seite des Getäuschten.

2. Der Erklärende muß durch die arglistige Täuschung zur Abgabe der Erklärung bestimmt worden sein (dolus causam dans), es muß zwischen der Täuschung und der Willenserklärung ein Kausalzusammenhang vorliegen. Ist dies der Fall, so kommt es nicht darauf an, ob der hervorgerufene Irrthum sich auf einen an sich erheblichen oder unerheblichen Bestandtheil der Willenserklärung oder auf andere außerhalb der Erklärung liegende Umstände, z. B. den Beweggrund, Eigenschaften, die im Verkehre nicht für wesentlich erachtet werden, bezieht. Ist nur ein Theil der Erklärung durch arglistige Täuschung hervorgerufen worden (dolus incidens), so ist nur dieser Theil anfechtbar und es kommt im Uebrigen der § 139 zur Anwendung.[2])

3. Die Frage, welchen Einfluß die von einem Dritten erfolgte Täuschung hat, kann nur bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen entstehen, denn bei nicht empfangsbedürftigen ist es gleichgültig, von wem die Täuschung ausgeht. — Bei einer empfangsbedürftigen Willenserklärung macht die von

---

[12]) Aber unverzüglich abgesandt muß die Erklärung sein; dies ist enger, als zur Absendung übergeben, und als der unten § 42 S. 171 unter d festgestellte Begriff der Abgabe der Erklärung im Sinne des § 130 Abs. 2. Ist der Brief jemandem übergeben worden, damit er ihn zur Post bringe, und verzögert er die Abgabe des Briefes, so ist dieser nicht unverzüglich abgesandt. (Vergl. § 278.) — Kommt der unverzüglich abgesandte Brief nicht an, so muß die Erklärung wiederholt werden. Die Frist aber ist durch die Absendung auch des nicht angekommenen Briefes gewahrt.

[1]) Besondere Grundsätze gelten für die Anfechtung der Ehe § 1334.

[2]) A. hätte das Grundstück überhaupt nicht gekauft, wenn B. ihm nicht vorgespiegelt hätte, es sei fest beschlossen, daß in unmittelbarer Nähe eine Eisenbahnhaltestelle angelegt werden würde; das ist dolus causam dans. A. hätte das Grundstück auch dann gekauft, wenn B. ihm nicht vorgespiegelt hätte, daß der Miethsertrag höher sei, als er in Wirklichkeit ist, aber er hätte keinen so hohen Kaufpreis bewilligt; das ist dolus incidens. Der durch den dolus incidens hervorgerufene Theil der Willenserklärung ist, gleichgültig, ob er an sich wesentlich ist oder nicht, immer anfechtbar; ob damit das ganze Geschäft zerstört wird, entscheidet sich nach § 139.

einem Dritten[3]) verübte Täuschung die Willenserklärung nur dann anfechtbar, wenn der Empfänger der Erklärung die Täuschung kannte oder kennen mußte, er also gewissermaßen an der Täuschung theilgenommen hat. Hat aus der Erklärung ein Dritter ein unmittelbares Recht erworben, wie es besonders bei Verträgen zu Gunsten Dritter der Fall ist,[4]) so ist, wenn dieser die Täuschung kannte oder kennen mußte, die Willenserklärung ihm gegenüber anfechtbar, wenn auch der Empfänger der Erklärung die Täuschung weder kannte noch kennen mußte.[5])

4. Die arglistige Täuschung macht die Willenserklärung anfechtbar; die angefochtene Willenserklärung ist somit von Anfang an nichtig.[6]) Die Anfechtung muß innerhalb eines Jahres von dem Zeitpunkt an erfolgen, in welchem der Anfechtungsberechtigte die Täuschung entdeckt hat.[7]) Nach Ablauf von 30 Jahren seit der Abgabe der Willenserklärung ist die Anfechtung in jedem Falle ausgeschlossen. In Betreff der Beweislast ist zu beachten, daß die Innehaltung von Präklusivfristen der Berechtigte zu beweisen hat; da jedoch die Frist erst mit der Entdeckung der Täuschung beginnt, so hat derjenige, der den Ausschluß der Anfechtung wegen Ablaufs der einjährigen Frist behauptet, zu beweisen, wann die Täuschung entdeckt worden ist. Der Anfechtungsberechtigte muß dann beweisen, daß er innerhalb eines Jahres von diesem Zeitpunkt an angefochten hat. — Die aus der erfolgten Anfechtung sich ergebenden Ansprüche unterliegen der gewöhnlichen Verjährung (vergl. § 200). § 124.

5. Mit Ablauf der einjährigen Frist ist jedoch nur das Anfechtungsrecht ausgeschlossen, andere Rechte, die dem Getäuschten auf Grund der arglistigen Täuschung zustehen, werden nicht berührt. Soweit die Täuschung nach den §§ 823, 826 einen Schadensersatzanspruch giebt, — was regelmäßig der Fall sein wird — kann dieser innerhalb der dreijährigen Verjährungsfrist (§ 852) selbst dann geltend gemacht werden, wenn das Anfechtungsrecht nicht ausgeübt ist. Da nach § 249 der Schadensersatz an erster Stelle durch Wiederherstellung des früheren Zustandes zu leisten ist, so können auch mit dieser Klage die Folgen der Willenserklärung beseitigt werden, aber, da diese an sich bestehen bleibt, nicht mit Wirkung gegen Dritte. Ist der Anspruch auf Schadensersatz verjährt, so kann noch der Bereicherungsanspruch aus § 852 Abs. 2 geltend

---

[3]) Z. B. der Makler verübt, um das Geschäft zu Stande zu bringen, eine Täuschung. Hat der Empfänger der Erklärung die von dem Dritten verübte Täuschung weder gekannt noch kennen müssen, so ist die Erklärung nicht wegen Betrugs anfechtbar; wohl aber kann sie, wenn die Voraussetzungen des § 119 vorliegen, wegen Irrthums angefochten werden.

[4]) Ein weiteres Beispiel ist die den Schuldner unmittelbar befreiende Schuldübernahme des § 414, ferner §§ 422, 423. Andere Fälle s. bei Neumann, Vorbem. 2c vor § 116 ff.

[5]) A. und B. schließen einen Vertrag zu Gunsten des C.; X. betrügt den A. Dann ist, wenn B. die Täuschung kannte oder kennen mußte, der Vertrag nach § 123 Abs. 2 S. 1 anfechtbar; wenn B. bona fide war, aber C. die Täuschung kannte oder kennen mußte, so ist der Vertrag ihm gegenüber anfechtbar (§ 123 Abs. 2 Satz 2). Daraus folgt nicht nur, daß die Anfechtungserklärung ihm gegenüber abgegeben werden muß, was im § 143 Abs. 2 besonders vorgeschrieben ist, sondern daß in Folge der Anfechtung der Vertrag nur insoweit nichtig wird, als er ihm Vortheile zuwendet. Die Frage, ob der Vertrag im Uebrigen bestehen kann, entscheidet sich nach § 139. Ganz unhaltbar ist es, wenn Endemann I § 73 Anm. 3 aus § 123 Abs. 2 folgert, daß die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung keine dingliche Wirkung hat.

[6]) Vergl. unten S. 182.

[7]) Auf diese Präklusivfrist kommen die in den §§ 203 Abs. 2, 206, 207 für die Verjährung gegebenen Vorschriften zur entsprechenden Anwendung.

gemacht und dem Anspruch aus der Willenserklärung gegenüber der Einwand des Betrugs erhoben und die Erfüllung verweigert werden (§§ 821, 853).[8])

6. Die sog. actio doli und exceptio doli generalis sind im BGB. insbesondere durch § 826 in Verbindung mit § 853 anerkannt (vergl. auch § 226). Nach § 826 verpflichtet jeder Verstoß gegen die guten Sitten, wozu auch jedes Verhalten gegen Treu und Glauben gehört, zum Ersatze des dadurch dem Anderen vorsätzlich zugefügten Schadens. Da der Schadensersatz nach § 249 an erster Stelle durch Wiederherstellung des früheren Zustandes zu erfolgen hat, so kann der Geschädigte verlangen, daß die ungünstige Lage, in die er durch das gegen die guten Sitten verstoßende Verhalten versetzt worden ist, wieder beseitigt werde, und nach § 853 kann er dieses Verlangen einredeweise auch nach Ablauf der dreijährigen Verjährungsfrist der Schadensersatzklage (§ 852) geltend machen.

§ 40. Widerrechtliche Drohung.

§ 123. Wer zur Abgabe einer Willenserklärung widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist, kann die Erklärung anfechten (§ 123).

1. Für den Begriff der Drohung ist es gleichgültig, durch welche Mittel sie verübt wird, ob durch Worte oder Thätlichkeiten oder Zufügung körperlicher Schmerzen. Dagegen fällt nicht darunter die sog. vis absoluta; eine durch physische Gewalt abgenöthigte Erklärung ist, da es an einem rechtlichen Willen fehlt, überhaupt keine Willenserklärung im rechtlichen Sinne.

2. Die Bestimmung durch Drohung muß widerrechtlich sein. Dies ist erstens der Fall, wenn man auf die Abgabe der erzwungenen Willenserklärung kein Recht hat (z. B. Vornahme einer Schenkung, Gewährung eines Darlehens); dann ist jede Drohung zur Erreichung dieses Zweckes widerrechtlich. Ferner ist die Drohung dann eine widerrechtliche, wenn der Zweck zwar ein berechtigter (z. B. Zahlung einer Schuld, Uebergabe der verkauften Sache), das angedrohte Uebel aber widerrechtlich ist.[1])

3. Die Drohung muß die Willenserklärung veranlaßt haben; es muß ein Kausalzusammenhang zwischen der Drohung und der Erklärung vorliegen. Ob die Drohung die Erklärung vernünftiger Weise veranlassen konnte, also auf die Art oder Größe des angedrohten Uebels kommt es nicht an; auch wenn die Drohung unausführbar ist, ist die Willenserklärung anfechtbar, wenn nur der Bedrohte thatsächlich durch die Drohung zur Abgabe der Willenserklärung bestimmt worden ist.[2])

---

[8]) Dieser Rechtsbehelf ist von besonderer Bedeutung in dem Falle, daß in Folge des durch den Betrug veranlaßten Rechtsgeschäfts der Betrogene Schuldner des Betrügers geworden ist, und dieser mit seinem Anspruch erst hervortritt, nachdem sowohl die Frist für die Anfechtung (§ 121) als die Verjährungsfrist des Schadensersatzanspruchs (§ 852) verstrichen ist.

[1]) Unrichtig ist die Ansicht von Cosack (I S. 215 unter 1 b), daß die Widerrechtlichkeit ausgeschlossen ist, wenn der Drohende auf die Abgabe der erzwungenen Aeußerung ein Recht hat; man handelt widerrechtlich, wenn man seinen Schuldner zur Bezahlung seiner — wenn auch gültigen und fälligen Schuld — dadurch zwingt, daß man ihm droht, ihn sonst zu erschießen (vergl. Endemann I § 73).

[2]) A. M. Endemann I § 73 Anm. 5; jedoch dem Wortlaute des Gesetzes gegenüber („durch Drohung bestimmt worden ist") kaum haltbar (vergl. M. I S. 208). Zu beachten ist aber, daß es bei der Frage, ob Jemand durch Drohung zur Abgabe der Willenserklärung bestimmt worden ist, sich regelmäßig um Feststellung eines internen Vorganges handelt, und daß daher der Richter in Fällen, wo Jemand verständiger Weise gar nicht bestimmt werden konnte, meist auch nicht wird annehmen können, daß er bestimmt worden ist, wenn nicht das Gegentheil klar erhellt. Vergl. Rehbein S. 143 unter c.

4. Die Willenserklärung ist auch dann anfechtbar, wenn die Drohung von einem Dritten ausgegangen ist, und zwar selbst dann, wenn derjenige, dem gegenüber die Willenserklärung abgegeben worden ist, die Drohung nicht gekannt hat und auch nicht kennen konnte (vergl. § 123 Abs. 2.)

5. Im Uebrigen gilt, was oben S. 153 unter 4 u. 5 rücksichtlich der arglistigen Täuschung ausgeführt worden ist, auch für die widerrechtliche Drohung. Die einjährige Frist für die Anfechtung läuft von dem Zeitpunkt an, in welchem die Zwangslage aufgehört hat. Diesen Zeitpunkt hat, wenn die Rechtzeitigkeit der Anfechtung bestritten wird, nicht der Anfechtende, sondern der Gegner zu beweisen.

§ 41. Die Form der Rechtsgeschäfte.

I. 1. Das BGB. hat den Grundsatz der Formfreiheit der Rechtsgeschäfte zur Geltung gebracht[1]). Nur ausnahmsweise ist für einzelne Rechtsgeschäfte eine Form im BGB. vorgeschrieben[2]). Ausnahmen können aber auch rechtsgeschäftlich bestimmt, und zwar kann für gesetzlich formlose Rechtsgeschäfte eine beliebige Form, für gesetzlich formelle Rechtsgeschäfte eine Erschwerung der gesetzlichen Form vorgeschrieben werden.

§ 125.

Ist durch Gesetz eine Form vorgeschrieben, so ist beim Mangel der Form das Rechtsgeschäft nichtig (§ 125 S. 1). Das Gleiche gilt im Zweifel beim Mangel der durch Rechtsgeschäft bestimmten Form (§ 125 S. 2)[3]). Die letztere Vorschrift bezieht sich nur auf den Fall, daß in einem früheren Rechtsgeschäfte für ein später vorzunehmendes eine Form vorgeschrieben ist, z. B. in einem Vorvertrage für den endgültigen Vertrag, in einem Miethvertrage für die Kündung[4]). Haben die über den Vertrag noch verhandelnden Parteien eine Form vereinbart, so findet § 154 Abs. 2 Anwendung. Wird für einen bereits zu Stande gekommenen Vertrag eine Form verabredet, so wird dadurch die Wirksamkeit des Vertrags nicht berührt, sondern nur ein Anspruch auf Vollziehung der Form begründet.

Soweit eine durch Gesetz oder Rechtsgeschäft bestimmte Form erforderlich ist, entsteht aus dem formlosen und deshalb nichtigen Vertrag auch nicht das Recht auf Abschluß des Vertrags in der vorgeschriebenen Form[5]).

Die rechtsgeschäftlich bestimmte Form kann auch in dem Sinne vorgeschrieben sein, daß die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts von der Beobachtung der Form nicht abhängig, daß sie beispielsweise nur die Beschaffung eines Beweismittels bezwecken soll.

2. Ein wegen Mangels der gesetzlich vorgeschriebenen oder rechtsgeschäftlich bestimmten Form nichtiges Geschäft wird durch eine formlose Bestätigung nicht wirksam[6]). Es bedarf vielmehr zu seiner Wirksamkeit der

[1]) Im Gegensatze zum ALR. (§§ 109 ff., 131 ff. I. 5) und in Uebereinstimmung mit dem alten HGB. (Art. 317). Vgl. hierzu M. I S. 178 ff.

[2]) Die Formvorschriften des BGB. gelten auch für das Gebiet des Handelsrechts, soweit nicht das HGB. abweichende Bestimmungen enthält. EG. zum HGB. Art. 2 Abs. 1.

[3]) Die Vorschrift des § 125 gilt nicht nur für das Gebiet des BGB., sondern auch für alle späteren Gesetze, soweit sie nicht Sondervorschriften enthalten.

[4]) Die §§ 125—129 beziehen sich, soweit sie nicht ausdrücklich von Verträgen handeln, auf Rechtsgeschäfte überhaupt.

[5]) Siehe hierüber auch unten unter VI 3, S. 169.

[6]) § 182 Abs. 2 bezieht sich auf die Zustimmung eines Dritten, nicht auf die Bestätigung durch den, welcher das Geschäft vorgenommen hat.

Wiederholung der erforderlichen Erklärungen in der vorgeschriebenen Form (§ 141 Abs. 1).

3. Die Vollmacht bedarf nicht der Form, welche für das Rechtsgeschäft bestimmt ist, auf das sich die Vollmacht bezieht (§ 167 Abs. 2) [7]). Ebensowenig ist für die Uebertragung eines Rechtes die für dessen Begründung vorgeschriebene Form erforderlich [8]).

4. Das durch Rechtsgeschäft bestimmte Formerforderniß kann durch ein neues Rechtsgeschäft wieder beseitigt werden. Die Beseitigung kann auch stillschweigend erfolgen [9]).

II. Nach welchen Gesetzen sich die Form eines Rechtsgeschäfts bestimmt, regelt Art. 11 EG. [10]). Soweit die Beobachtung der Gesetze des Ortes genügt, an dem das Rechtsgeschäft vorgenommen wird (EG. Art. 11 Abs. 1 S. 2), sind für die Form eines Vertrags die Gesetze des Ortes maßgebend, an welchem die Annahmeerklärung wirksam und dadurch der Abschluß des Vertrags bewirkt wird. Dieser Ort ist bei einem unter Abwesenden durch Briefwechsel geschlossenen Vertrage [11]) der Ort, an welchem das Annahmeschreiben dem Antragenden zugeht, im Falle der Aufnahme mehrerer an verschiedenen Orten unterzeichneter Urkunden der Ort, an welchem dem Antragenden die für ihn bestimmte Urkunde oder die Nachricht von deren Unterzeichnung durch den Anderen zugeht, im Falle des § 151 der Ort, an welchem die nicht empfangsbedürftige Annahme bewirkt, endlich bei gerichtlicher oder notarieller Beurkundung eines Vertrags unter Abwesenden (§ 152) der Ort, an welchem die Annahme beurkundet wird.

---

7) Z. B. genügt zur Erklärung eines Schenkungsversprechens (§ 518 Abs. 1), zum Abschluß eines Kaufvertrags über ein Grundstück (§ 313) mündliche Erklärung der Vollmacht. — Sollen auf Grund der von dem Bevollmächtigten abgegebenen Erklärungen Eintragungen im Grundbuch erfolgen, so finden auf die Form der Vollmacht die §§ 29, 30 GBO. Anwendung.

8) Die Abtretung der Rechte aus einem Grundstücks-Kaufvertrage seitens des Käufers bedarf nicht eines gerichtlich oder notariell zu beurkundenden Vertrags. So Dernburg II § 80 bei Anm. 10, dessen Begründung dieser Ansicht aber nicht ganz zutrifft, wenn er sie darauf stützt, daß der Zessionar nicht ein Grundstück erwerbe. Auch der Käufer erwirbt durch den Kaufvertrag nicht das Grundstück, sondern nur den Anspruch auf Uebertragung des Eigenthums an dem Grundstücke. Für die Begründung dieses Anspruchs ist die Form des § 313 vorgeschrieben. Bei der Abtretung verpflichtet sich aber der Abtretende nicht, das Eigenthum an dem verkauften Grundstück auf den Zessionar zu übertragen, vielmehr überträgt er diesem nur den Anspruch, dessen Gegenstand die bereits durch den Kaufvertrag begründete Verpflichtung ist. A. M. Scherer in der J. W. 1901 S. 888.

9) Wenn die Form vertragsmäßig vereinbart war, so ist für die Aufhebung die Zustimmung beider Theile erforderlich. A. und B. verhandeln über die Errichtung einer offenen Handelsgesellschaft und vereinbaren dabei, daß der Gesellschaftsvertrag erst mit seiner schriftlichen Beurkundung wirksam werden soll. Nachdem sie sich mündlich über alle Punkte geeinigt haben, melden sie die Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister an und beginnen gemäß der mündlich getroffenen Abrede den Betrieb des Handelsgewerbes. Hier wird es nicht zweifelhaft sein, daß die Vereinbarung der Schriftform für den Gesellschaftsvertrag stillschweigend wieder aufgehoben ist. — Wenn dagegen in einem Miethvertrage schriftliche Kündigung vereinbart ist, so ist eine mündliche Kündigung unwirksam, auch wenn ihr der andere Theil nicht widerspricht. Es fehlt hier an der Zustimmung des anderen Theiles zu der Aufhebung des Formerfordernisses. In dem bloßen Schweigen auf die nach der getroffenen Vereinbarung unwirksame Kündigung kann eine solche Zustimmung nicht gefunden werden.

10) Siehe oben S. 10 unter 5.

11) Vgl. hierzu §§ 113, 114 I, 5 ALR.

Die Beobachtung der Form, welche am Orte der Vornahme des Rechsgeschäfts vorgeschrieben ist, genügt auch für Verträge, deren Gegenstand unbewegliche Sachen sind, z. B. für den Kaufvertrag über ein Grundstück[12]). Nur bei Rechtsgeschäften, durch die ein Recht an einer Sache begründet oder über ein solches verfügt wird (vergl. z. B. § 873), bleibt das Recht des Ortes, an welchem das Rechtsgeschäft vorgenommen ist, außer Betracht. Diese Rechtsgeschäfte unterliegen ausschließlich der Vorschrift des Abs. 1 S. 1 EG. Art. 11 (ebenda Abs. 2)[13]).

§ 126 Abs. 1, 3, § 127 S. 1.

III. Die Formen, die das BGB. kennt, sind die einfache Schriftform, die gerichtliche oder notarielle Beurkundung eines Rechtsgeschäfts, die Errichtung vor Gericht oder Notar oder einer anderen Behörde, die öffentliche Beurkundung und die öffentliche Beglaubigung.

A. Soweit die einfache Schriftform für ein Rechtsgeschäft erforderlich ist, muß die Urkunde von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittelst gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet[14]) werden. Ersetzt wird die Schriftform stets durch gerichtliche oder notarielle Beurkundung. Diese Vorschriften gelten unbedingt für die durch Gesetz (§ 126 Abs. 1 und 3), im Zweifel aber auch für die durch Rechtsgeschäft bestimmte Schriftform (§ 127 S. 1).

1. Für beide Fälle gemeinschaftlich, für die rechtsgeschäftlich vorgeschriebene Schriftform jedoch nur, wenn nicht Anderes bestimmt ist, gilt folgendes:

a) Die Unterschrift des Ausstellers ist zur Vollendung der Schriftform erforderlich und genügend. Der Angabe von Zeit und Ort der Ausstellung bedarf es nicht.

Die Unterschrift muß die eigenhändige Namensunterschrift des Ausstellers sein (§ 126 Abs. 1):

α) Es muß eine Unterschrift sein, d. h. sie muß sich örtlich als eine die Urkunde vollendende darstellen (z. B. ist Querschrift keine Unterschrift). Ob sie zeitlich der Abfassung des Textes voraufgeht oder nachfolgt, ist ohne Belang[15]).

β) Es muß eine Namensunterschrift sein. Unterschriften, die z. B. nur das Verwandtschaftsverhältniß oder das Amtsverhältniß des Ausstellers bezeichnen („Dein Onkel", „Der Landgerichtspräsident") genügen nicht. Dagegen ist nicht unbedingt erforderlich Zeichnung mit dem Familiennamen oder der Firma; es genügt auch der Vorname oder ein thatsächlich angenommener Name, sofern nur durch diese die Person des Ausstellers hinreichend gekennzeichnet wird[16]).

---

[12]) Anders § 115 I, 5 ALR.

[13]) Siehe oben S. 19 Anm. 9. — Unter Umständen kann es unmöglich sein, den Ort des Vertragschlusses festzustellen. Dies kann z. B. vorkommen, wenn Personen, die sich an verschiedenen Orten befinden (A. in Berlin und B. in Pest), mittelst Fernsprechers verhandeln und zu einer Vereinbarung gelangen. In solchen Fällen kann die Vorschrift des Abs. 1 S. 2 EG. Art. 11 nicht zur Anwendung kommen.

[14]) Das Wort „unterzeichnen" umfaßt stets beide Arten der Unterzeichnung: mit Namensunterschrift und mit gerichtlich oder notariell beglaubigtem Handzeichen.

[15]) Danach liegt eine schriftliche Urkunde im Sinne des § 126 auch vor, wenn ein Blanket unterschrieben und der Text demnächst erst darüber gesetzt wird. Vergl. hierzu Rehbein Anm. IV, 1 a zu §§ 125 ff. S. 156.

[16]) Unter dieser Voraussetzung genügt die Unterzeichnung mit dem Vornamen stets, nicht nur bei Personen, die sich herkömmlich nur des Vornamens bedienen (wie Fürsten): „Lieber Neffe! Ich bestätige Dir, die 100 Mark, welche ich Dir geliehen hatte, am

γ) Es muß eine **eigenhändige** Namensunterschrift sein. Der Aussteller kann sich eines Anderen zur Unterschrift wirksam nicht bedienen.[17]) Auch eine mechanische Herstellung der Unterschrift, z. B. durch Stempel oder durch die Schreibmaschine, ist, abgesehen von Schuldverschreibungen auf den Inhaber (§ 793 Abs. 2),[18]) nicht genügend.[19]) Dagegen ist es gleichgültig, von wem der Text der Urkunde geschrieben, oder ob er überhaupt geschrieben oder mechanisch (durch Druck oder dergleichen) hergestellt ist. Nur das eigenhändige Testament des § 2231 Nr. 2 muß eigenhändig geschrieben und unterschrieben sein.

δ) Es muß die eigenhändige Namensunterschrift des **Ausstellers** sein. Aussteller einer Urkunde ist derjenige, welcher sie unterzeichnet. Ein Bevollmächtigter muß also die Urkunde **mit seinem Namen** unterzeichnen.[20])

b) **Das gerichtlich oder notariell beglaubigte Handzeichen** steht, soweit es sich um Beobachtung der Schriftform handelt, der Namensunterschrift stets gleich. (§ 126 Abs. 1.) Der Aussteller der Urkunde kann sich beliebig des einen oder des anderen bedienen. Aus welchem Grunde er das Handzeichen wählt, ob er des Schreibens kundig oder unkundig, am Schreiben gehindert ist oder nicht, ist gleichgültig.

Das Handzeichen muß den Erfordernissen zu α und γ entsprechen.[21]) Die Beglaubigung muß eine gerichtliche oder notarielle sein; die Beglaubigung durch eine andere Behörde oder einen anderen Beamten ist nicht ausreichend.[22])

---

10. April d. Js. von Dir zurück erhalten zu haben. Dein Onkel Emil", ist eine genügende Quittung. Wenn dagegen der Inhaber der Firma „Friedrich Müller" eine geschäftliche Urkunde nur „Friedrich" unterzeichnet, so wird dies in der Regel keine hinreichende Kennzeichnung des Ausstellers, also auch keine Unterschrift sein. Hinreichend ist regelmäßig der Gebrauch des von einem Schauspieler, Schriftsteller u. s. w. angenommenen Namens. Eine Sondervorschrift enthält WO. Art. 4 No. 5.

[17]) Wenn die Frau den Namen des Mannes mit dessen Zustimmung unterzeichnet, so liegt eine wirksame Unterschrift des Mannes nicht vor. Vgl. auch Anm. 20.

[18]) Vgl. auch § 1195 S. 2 und HGB. §§ 181, 426 Abs. 2 Nr. 9.

[19]) Die Unterschrift muß sich als eine eigenhändige zu erkennen geben. Hölder Anm. 3 a zu § 126.

[20]) Ebenso Rehbein Anm. IV, 1 b zu §§ 125 ff., Hölder Anm. 2 zu § 126, Pinner Anm. III, 1 zu § 189 HGB., Müller in der DJZ. 1900 Nr. 23 S. 497, Oberlandesgericht Marienwerder in den Bl. f. R. 1901 S. 38 ff., A. M. Cosack I § 67 II, 4, Neumann Anm. 2 δ zu § 126, Staub Anm. 38 zu § 350 und DJZ. 1900 Nr. 15 S. 338, Bernstein § 5 zu Art. 95 WO. (S. 400). Staub stützt die entgegengesetzte Ansicht darauf, daß im § 126 nicht vorgeschrieben sei, wessen Unterschrift der Aussteller zu leisten habe. Wenn das Gesetz bestimmt, daß der Aussteller die Urkunde durch Namensunterschrift unterzeichnen muß, so kann es nicht fraglich sein, daß damit nicht die Unterschrift eines beliebigen Namens, sondern eben die Namensunterschrift des Ausstellers erfordert wird. — Wenn Schmidt als Bevollmächtigter des Lehmann einen Miethvertrag über eine Wohnung auf drei Jahre schließt (§§ 566, 580) und den Vertrag mit „Lehmann" unterzeichnet, so liegt mangels der eigenhändigen Unterschrift des Ausstellers ein schriftlicher Miethvertrag nicht vor, und zwar auch dann nicht, wenn Schmidt Vollmacht hatte, den Namen Lehmann zu unterschreiben. Eine derartige Vollmacht ist gegenüber der zwingenden Vorschrift des § 126 Abs. 1 unwirksam. Unschädlich ist es, wenn der Bevollmächtigte seinem Namen den des Vollmachtgebers beifügt (z. B. Lehmann in Vertretung Schmidt). — Sondervorschriften gelten für den Handelsverkehr in Ansehung der Prokura und der Handlungsvollmacht (HGB. §§ 51, 57), vgl. auch unten unter 3 S. 160.

[21]) Irrig ist die Ansicht von Jastrow, Formularbuch und Notariatsrecht (Berlin 1899), Anm. 19 b zu § 183 RFG. S. 72, daß das Handzeichen nicht eigenhändig zu sein brauche, weil in § 126 die „eigenhändige Namensunterschrift" dem beglaubigten Handzeichen parallel gestellt werde. § 126 spricht nicht von einer „eigenhändigen Namensunterschrift", sondern schreibt vor, daß der Aussteller die Urkunde eigenhändig unterzeichnen müsse, und zwar entweder durch Namensunterschrift oder mittelst gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens.

[22]) Für die gerichtliche Beglaubigung eines Handzeichens sind die Amtsgerichte zuständig (RFG. § 167 Abs. 1). Von dem Vorbehalte des § 191 Abs. 2 RFG. ist in

c) Bei einem Vertrage muß die Unterzeichnung der Parteien auf derselben Urkunde erfolgen. Nur wenn mehrere gleichlautende Urkunden aufgenommen werden, genügt es, wenn jede Partei die für die andere bestimmte Urkunde unterzeichnet (§ 126 Abs. 2). **§ 126 Abs. 2.**

d) Die empfangsbedürftige Willenserklärung wird mit der Herstellung der Urkunde noch nicht wirksam.[23]) Handelt es sich um eine einseitige Erklärung, die einem Anderen gegenüber abzugeben ist (z. B. eine Kündigung, einen Vertragsantrag), so muß die Aushändigung der Urkunde hinzukommen. Bei Verträgen ist die Aushändigung oder auch nur die Vorlegung der fertig gestellten Urkunde an den Vertragsgegner nicht unbedingt erforderlich. Wenn nur eine Urkunde ausgestellt ist (§ 126 Abs. 2 S. 1), so kann sie ohnehin nur einer im Besitze haben. Sind die Vertragschließenden anwesend, so wird der Vertrag mit der Unterzeichnung aller auf der einen oder der jeder einzelnen Partei auf der für die andere Partei bestimmten Urkunde wirksam.

Beim Vertragschluß unter Abwesenden genügt auch die Mittheilung der Unterzeichnung an den Anderen[24]).

e) Die Ausstellung einer den Vorschriften des § 126 Abs. 1 entsprechenden Urkunde hat auch eine prozessualische Wirkung. Die Urkunde begründet vollen Beweis dafür, daß die in ihr enthaltenen Erklärungen von dem Aussteller abgegeben sind (CPO. § 416, vergl. § 440 Abs. 2).

2. Ueber die durch Gesetz vorgeschriebene Schriftform ist noch zu bemerken:

Durch telegraphische Uebermittelung der Willenserklärunng wird die Form nicht gewahrt. So ist z. B. eine telegraphische Bestätigung einer Zahlung keine Quittung (§ 368), der Austausch zweier gleichlautender Telegramme kein schriftlicher Vertrag, auch wenn die Urschriften von den Absendern eigenhändig unterzeichnet sind[25]). Auch die Erfüllung der gesetzlich vorgeschriebenen Schriftform durch Briefwechsel ist bei Schaffung des BGB. ausdrücklich abgelehnt worden.[26])

Preußen kein Gebrauch gemacht (PFG. Art. 31 Abs. 1 S. 2). — Ueber die Beglaubigung selbst vergl. RFG. § 183 und PFG. Art. 60.

[23]) Die §§ 126—129 treffen Bestimmungen darüber, in welcher Weise die einzelnen Formen erfüllt werden, nicht darüber, wann eine formgerechte Erklärung wirksam wird. Hierfür gelten die allgemeinen Grundsätze, insbesondere findet § 130 Anwendung. Wenn die Kündigung eines Miethvertrags schriftlich erfolgen muß, so ist die Form erfüllt, wenn das Kündigungsschreiben gemäß § 126 hergestellt ist. Wirksam wird die Kündigung erst mit der Uebergabe des Kündigungsschreibens. Dieses Zugehen der Erklärung (§ 130), bildet keinen Theil der Form, auf den die Vorschriften der §§ 126—129 anzuwenden wären. Es ist deshalb irrig, wenn Staub (Anm. 34 zu § 350 HGB.) meint, die Form werde in der Weise erfüllt, daß der Erklärende die Erklärung schriftlich fixiere und sie dem Anderen zugehen lasse. Das Letztere hat mit der Erfüllung der Form nichts zu thun (siehe Anm. 24).

[24]) A. fertigt zwei gleichlautende Urkunden über einen mit B. zu schließenden Vertrag aus, unterzeichnet die eine und giebt dann beide an B., der zum Vertragschlusse noch nicht fest entschlossen ist, mit dem Bemerken, daß er bis zum Ablaufe des nächsten Tages gebunden sein wolle. Am nächsten Tage trifft er B., der die zweite Urkunde bereits unterzeichnet hat, und dies auf Befragen, wie es mit dem Vertragschlusse stehe, dem A. mittheilt. Der Vertrag ist hiermit geschlossen. Seine Wirksamkeit wird durch die spätere Verweigerung der Aushändigung oder die Vernichtung der von B. unterzeichneten Urkunde nicht berührt. A. hat gegen B. einen Anspruch auf Aushändigung der für ihn bestimmten Urkunde. A. M. Staub Anm. 44 zu § 350. Siehe Anm. 23.

[25]) Solche Urschriften würden wohl den Erfordernissen des § 126 Abs. 1 entsprechen, sie sind aber nicht für die andere Partei bestimmt (§ 126 Abs. 2), sondern für das Telegraphenamt. Cosack I § 60 unter 1, a.

[26]) M. I. S. 189, Prot. I S. 92, D. S. 38. Anders § 142 I, 5 ALR.

Dies schließt jedoch nicht aus, daß die Form als gewahrt gilt, soweit die Briefe den Erfordernissen des § 126 entsprechen. Bei einseitigen Willenserklärungen wird dies stets der Fall sein, wenn der Brief unterzeichnet ist[27]), bei Verträgen dann, wenn die Vertragschließenden gleichlautende von ihnen unterzeichnete Briefe gewechselt haben[28]).

3. In Ansehung der rechtsgeschäftlich vorgeschriebenen Schriftform gilt noch das Folgende: Ihre Erfordernisse richten sich in erster Reihe nach der rechtsgeschäftlichen Festsetzung, durch welche sie beliebig bestimmt werden können. So kann es dem Willen desjenigen, welcher die Schriftlichkeit vorschreibt, oder dem Willen der Vertragschließenden, die sie vereinbaren, entsprechen, daß nur eine schriftliche Aufzeichnung erfolgen solle, eine Unterzeichnung aber nicht erforderlich sei, daß eine Unterstempelung genügen, daß die Unterschrift des Ausstellers der Urkunde auch wirksam sein solle, wenn sie durch einen Anderen abgegeben werde[29]) u. s. w. Ist eine besondere rechtsgeschäftliche Bestimmung nicht festzustellen, so kommen die zu 1 dargestellten Vorschriften zur Anwendung (§ 127 S. 1). Doch genügt hier — anders als § 127 S. 2 bei der gesetzlich vorgeschriebenen Schriftform — im Zweifel telegraphische oder briefliche Uebermittelung (§ 127 S. 2), und zwar sowohl für einseitige Willenserklärungen wie für Verträge[30]).

Ob zur Wahrung der Form die Urschriften der Telegramme und die Briefe unterzeichnet sein müssen, richtet sich zunächst nach dem Willen derjenigen, welche

---

[27]) Erforderlich ist jedoch, daß der Brief diejenigen Erklärungen enthält, für welche die Schriftform vorgeschrieben ist; eine Bezugnahme auf den Inhalt eines von einem Anderen ausgestellten Schriftstücks genügt nicht. Wenn A. bei B. brieflich anfragt, ob er die Bürgschaft für ein Darlehen von 1000 M. übernehmen wolle, das C. von ihm verlange, und darauf die briefliche Antwort erfolgt „Ja“, oder „Ich übernehme die Bürgschaft, B.“ oder selbst „Bezugnehmend auf Ihr werthes Schreiben vom so und sovielten übernehme ich die gewünschte Bürgschaft, B.“, so liegt eine schriftliche Ertheilung der Bürgschaftserklärung (§ 766) nicht vor. Die entgegengesetzte Ansicht von Liebenthal (DJZ. 1900 Nr. 13 S. 297) erscheint unrichtig. Die Urkunde, die B. zur Erfüllung der Schriftform unterzeichnen muß, muß die Erklärung enthalten, daß er für die Rückzahlung des von A. dem C. gewährten Darlehns von 1000 M. die Bürgschaft übernehme. Anderenfalls hat B. „die Urkunde“ im Sinne des § 126, d. h. die Schrift, welche die Bürgschaftserklärung enthält, nicht unterzeichnet. Der Brief des A., auf den B. Bezug nimmt, enthält weder eine Bürgschaftserklärung, noch ist er von B. unterzeichnet. Die Bezugnahme des B. auf diesen Brief ändert hieran nichts. Daß der hierin liegende Formalismus dem BGB. fremd sei (Liebenthal a. a. O.), kann nicht zugegeben werden. Gerade von dem Grundsatze der Formfreiheit aus ist man dazu gekommen, für die wenigen Fälle, in denen eine Form vorgeschrieben ist, strengere Anforderungen zu stellen (vergl. insbesondere Prot. I S. 92).

[28]) Ebenso für einseitige Willenserklärungen Planck Anm. 2 zu § 127, für Verträge Cosack I § 60, 1, Staub Anm. 40, 45 zu § 350 HGB., a. M. Crome § 87 Anm. 18. Die im Verkehr übliche Bestätigung eines Vertrags durch gleichlautende Briefe genügt auch zur Wahrung der gesetzlich vorgeschriebenen Schriftform. Hier handelt es sich allerdings nicht um einen Briefwechsel im eigentlichen Sinne, sondern um Aufnahme mehrerer Urkunden, für welche die Briefform gewählt ist. Die Form ist nicht gewahrt, wenn die Briefe nicht gleichlautend sind, wenn sie z. B. die Bestätigung in erheblich von einander abweichenden Ausdrücken enthalten, oder wenn sie außer der Vertragsbestätigung jeder auch andere Angelegenheiten behandeln. — Die Unterschrift des Schuldners unter einer Rechnung über gelieferte Waaren oder Arbeiten (§ 152 I, 5 ALR.) kann die Schriftform, soweit sie gesetzlich vorgeschrieben sein sollte, niemals ersetzen. Bei der rechtsgeschäftlich bestimmten Schriftform können die Betheiligten ein anderes bestimmen. Siehe im Texte unter 3.

[29]) Siehe S. 157 ff. unter $\alpha - \delta$.

[30]) § 127 schreibt zwar nur vor, daß „bei einem Vertrage“ Briefwechsel genüge; für einseitige Willenserklärungen folgt aber die Zulässigkeit schon aus dem oben zu 2 Gesagten. Bei Verträgen fällt hier das Erforderniß fort, daß die Briefe (oder Telegramme) gleichlautend sein müssen (siehe Anm. 28).

die Form vorschreiben. Im Zweifel ist die Unterzeichnung grundsätzlich nicht erforderlich.[31]) Ob sie es im einzelnen Falle ist, ist aus den Umständen zu entnehmen. Wenn in anderer Weise erkennbar ist, von wem das Telegramm oder der Brief herrührt, so bedarf es der Unterzeichnung nicht.[32])

Wird die telegraphische Uebermittelung oder der Briefwechsel von den Erklärenden zur Erfüllung der Form gewählt, so kann nachträglich eine dem § 126 entsprechende Beurkundung verlangt werden (§ 127 S. 2).

4. Das BGB. erfordert die Schriftform nur für einen Vertrag, nämlich den Mieth- und Pachtvertrag über ein Grundstück, Wohnräume oder andere Räume, der für längere Zeit als ein Jahr geschlossen wird (§§ 566, 580, 581 Abs. 2). Aber auch in diesem Falle hat die NichtBeobachtung der Form nicht Nichtigkeit des Vertrags zur Folge, vielmehr gilt der Vertrag als für unbestimmte Zeit geschlossen.

Außerdem ist bei gewissen Verträgen Schriftlichkeit für die Erklärung der einen Partei erfordert, und endlich für zahlreiche einseitige Rechtsgeschäfte die Schriftform vorgeschrieben. Als Beispiele mögen dienen das Versprechen einer Leibrente (§ 761), die Bürgschaftserklärung (§ 766), das Schuldversprechen (§ 780), das Schuldanerkenntniß (§ 781), die Anweisung, ihre Annahme und Uebertragung (§§ 783, 784 Abs. 2, 792 Abs. 1), die Abtretungserklärung bei einer durch Hypothek gesicherten Forderung (§ 1154), das Stiftungsgeschäft (§ 81 Abs. 1), die Quittung (§ 368), die Mittheilung des Veräußerers eines Grundstücks von der Schuldübernahme an den Gläubiger (§ 416 Abs. 2), das eigenhändige Testament (§§ 2231 Nr. 2, 2267). Alle übrigen Rechtsgeschäfte bedürfen der Schriftform nicht, soweit sie nicht durch Rechtsgeschäft vorgeschrieben ist. Mündlich gültig sind deshalb insbesondere auch Entsagungen und Verzichtleistungen, sowie gewagte Geschäfte, abgesehen von dem Versprechen einer Leibrente.[33]) Ob der Beitritt eines Dritten zu einem von Anderen geschlossenen, nach ihrer Abrede der Schriftform bedürfenden Vertrage, wenn er erforderlich ist, gleichfalls schriftlich erfolgen muß, hängt von dem Willen

---

[31]) Bezüglich der Telegramme ist die Nothwendigkeit der Unterzeichnung (E. I §§ 92 Abs. 2, 93) durch die zweite Kommission ausdrücklich abgelehnt worden. (Prot. I S. 101). Daß das Telegramm unterzeichnet sein muß, ist auch nirgends vorgeschrieben; die telegraphische Uebermittelung steht der Aufnahme einer Urkunde im Sinne des § 126 nicht gleich. Wenn A. und B. direkte Telegraphenverbindung mit einander haben, so würde die Form gewahrt sein, wenn die telegraphische Uebermittelung stattfände, ohne daß eine Urschrift oder eine Abschrift aufgenommen würde. — Ist die Unterschrift für Telegramme nicht erforderlich, so kann sie auch für Briefe nicht erfordert werden. Ueberdies hat die Zulassung des Briefwechsels hier eine erhebliche Bedeutung gerade nur dadurch, daß das Erforderniß der Unterzeichnung fortfällt (vergl. oben S. 159 unter 2 und Anm. 28; übereinstimmend Planck I Anm. 2 zu § 127, Fischer-Henle Anm. 2 § 127, Neumann Anm. 2 zu § 127, Kuhlenbeck Anm. 1 zu § 127, Gareis Anm. 2, 3 zu § 127, Crome § 87 Anm. 30, A. M. für Telegramme und Briefe Cosack I § 60 Anm. 12, für Briefe Endemann I § 65 Anm. 12 unter a. Rehbein Anm. IV, 2 zu §§ 125 ff., Hölder Anm. 3 zu § 127, Bendix S. 142).

[32]) A. verpflichtet sich seiner Kundschaft gegenüber, jederzeit auf schriftliche Bestellung gewisse Waaren zu liefern. Die telegraphische Bestellung des B. muß hier unterzeichnet sein. Dies ist als Wille des A. anzunehmen, auch aus den Umständen zu entnehmen, da A. anderenfalls nicht wissen kann, von welchem seiner Kunden das Telegramm herrührt. Dagegen wird eine briefliche Bestellung des B. auf einem Briefbogen mit aufgedruckter Firma genügen, auch wenn sie nicht unterzeichnet ist. (Die Unterschrift fehlt häufig bei der Korrespondenz von Kaufleuten auf sogenannten „Mittheilungen“, die vielfach statt der Unterschrift eine Bezugnahme auf die aufgedruckte Firma — D.(er) O.(bige) — enthalten.) Hier ist für A. genügend erkennbar, daß die Bestellung von B. herrührt.

[33]) Vergl. §§ 134, 138, 139 I, 5 ALR.

der Vertragsparteien ab.[34]) Die Verlängerung eines die Schriftform erfordernden Vertrags stellt sich als die Errichtung eines neuen Vertrags dar und unterliegt daher in der Regel dem Formerforderniß in gleichem Umfange, wie der zu verlängernde Vertrag.[35]) Dagegen gilt die für ein Rechtsgeschäft vorgeschriebene Form nicht für dessen Aufhebung.[36]) Die Abänderung des einer bestimmten Form unterworfenen Vertrags bedarf der gleichen Form dann, wenn sich die Abänderung als der Abschluß eines neuen Vertrags, nicht aber, wenn sie sich als eine theilweise Aufhebung des ersten Vertrags oder als ein selbständiger Nebenvertrag zu dem fortbestehenden Hauptvertrage darstellt.[37]) — Auf Handelsgeschäfte finden die Vorschriften des BGB. gleichfalls Anwendung. Jedoch sind die Bürgschaftserklärung, das Schuldversprechen und das Schuldanerkenntniß von Vollkaufleuten, wenn sie auf deren Seite Handelsgeschäfte sind, mündlich wirksam, das Schuldanerkenntniß aber nur, soweit nicht für die Begründung des anerkannten Schuldverhältnisses eine andere Form vorgeschrieben ist.[38])

B. Die gerichtliche oder notarielle Beurkundung.

1. Zur Wahrung der Form[39]) ist die Aufnahme einer Urkunde durch ein Gericht oder einen Notar[40]) erforderlich. Die gerichtliche oder notarielle

---

[34]) Vergl. § 153 I, 5 ALR. und § 328 Abs. 2 BGB.

[35]) Vergl. jedoch für Miethe nnd Pacht §§ 568, 581 Abs. 2.

[36]) Die Aufhebung eines für längere Zeit als ein Jahr geschlossenen schriftlichen Miethvertrags bedarf nicht der Schriftform.

[37]) Es kommt darauf an, ob sich die Aenderung, die nicht nur eine Aufhebung des alten Vertrags enthält, auf die wesentlichen Bestandtheile des Geschäfts bezieht. Ist dies der Fall, so ist die Aenderung der für das Rechtsgeschäft vorgeschriebenen Form unterworfen, anderenfalls ist sie formlos gültig. Allerdings erstreckt sich beim Abschluß eines Vertrags das Formerforderniß auch auf die nicht wesentlichen Abreden (siehe unten unter V, 1 S. 168). Ist der Vertrag aber geschlossen, so liegt in der Aenderung einer solchen Nebenabrede nicht die Aufhebung des ganzen Vertrags und der Abschluß eines neuen Vertrags, sondern eine selbständige Vereinbarung neben dem fortbestehenden alten Vertrage. — Das Wesentliche eines Miethvertrags besteht in der Verpflichtung des Vermiethers, dem Miether den Gebrauch der vermietheten Sache während der Miethzeit zu gewähren, und in der Verpflichtung des Miethers, dem Vermiether den vereinbarten Miethzins zu entrichten. Wird ein über einen Wohnraum auf mehrere Jahre geschlossener Miethvertrag dahin geändert, daß die Miethzeit verkürzt, der Miethzins herabgesetzt, der Vertrag auf einen Theil des ursprünglich vermietheten Raumes beschränkt wird, so liegt hierin eine theilweise Aufhebung des Miethvertrags, die mündlich gültig ist. Wird die Miethzeit verlängert, der Miethzins erhöht, wird an Stelle des ursprünglich vermietheten Raumes ein anderer gesetzt oder der Vertrag auf einen anderen Raum ausgedehnt, so muß die Aenderung schriftlich erfolgen, da es sich hier überall um die wesentlichen Bestandtheile des Miethvertrags handelt und die Aenderung sich als Abschluß eines neuen Miethvertrags darstellt. Wenn dagegen im Widerspruche mit dem schriftlichen Vertrage dem Miether das Recht eingeräumt wird, in den Miethräumen ein Geschäft zu betreiben oder Hausthiere zu halten oder dergleichen, so bleibt der alte Miethvertrag an sich unberührt. Derartige selbständige Abreden neben dem fortbestehenden Vertrage sind mündlich gültig.

[38]) HGB. §§ 350, 351, BGB. § 781 S. 2. Die Schriftform ist noch erfordert in den §§ 79, 189, 281, 323 HGB. — Eine Zusammenstellung aller Formvorschriften findet sich bei Dickel, Zusammenstellungen aus dem Deutschen bürgerlichen Rechte (Berlin 1900) S. 184 ff.

[39]) Sowohl hier wie unter C—E ist nur von den Fällen die Rede, in denen die betreffende Form durch Gesetz vorgeschrieben ist. Wird eine der Formen rechtsgeschäftlich bestimmt, so richtet es sich zunächst nach dem Willen des Bestimmenden, welchen Erfordernissen die Form entsprechen muß. Im Zweifel ist anzunehmen, daß auch in diesem Falle die für die gesetzlich vorgeschriebene Form gegebenen Vorschriften gewahrt werden sollen.

[40]) Die Landesgesetze können bestimmen, daß nur die Gerichte oder nur die Notare zuständig sind (EG. Art. 141). Von diesem Vorbehalt ist in Preußen kein Gebrauch gemacht. Nach § 167 RFG., Art. 31 PFG. sind die Amtsgerichte und die Notare zuständig. — Der Vorbehalt bezieht sich nur auf die gerichtliche oder notarielle Beurkundung, nicht auf die Errichtung eines Rechtsgeschäfts vor Gericht oder Notar.

Beglaubigung der Unterschrift genügt nicht. Die Urkunde muß alle von den Erklärenden zu treffenden Bestimmungen enthalten, insbesondere bei einem Vertrage die Einigung über alle Punkte, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll (vergl. § 154 Abs. 1).

2. Das Verfahren bei der gerichtlichen und notariellen Beurkundung eines Rechtsgeschäfts ist nicht im BGB. sondern in den Gesetzen über die freiwillige Gerichtsbarkeit geregelt[41]).

3. Die Formvorschrift bezieht sich, ebenso wie bei der Schriftform[42]), nur auf die Erklärungen der Betheiligten. Alles was zur Wirksamkeit der Erklärung etwa sonst noch erforderlich ist, z. B. das Zugehen der empfangsbedürftigen Willenserklärung, bedarf der Beurkundung nicht. Daher ist bei Verträgen die Form der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung erfüllt, wenn zunächst der Antrag und sodann die Annahme des Antrags beurkundet wird (§ 128)[43]). Es bedarf danach auch nicht der gleichzeitigen Anwesenheit der Vertragsparteien bei der gerichtlichen oder notariellen Verhandlung und der gleichzeitigen Abgabe und Beurkundung ihrer Erklärungen[44]).

§ 128.

4. Gerichtliche oder notarielle Beurkundung ist vorgeschrieben für eine Reihe von Verträgen, z. B. für den Vertrag, durch den sich der eine Theil verpflichtet, das Eigenthum an einem Grundstücke zu übertragen (§ 313)[45]) und für den Erbschaftskauf (§ 2371)[46]), ferner beim Schenkungsvertrage für das Schenkungsversprechen, das schenkweise ertheilte Schuldversprechen und Schuldanerkenntniß (§ 518 Abs. 1) sowie für eine Anzahl einseitiger Rechtsgeschäfte[47]).

In gewissen Fällen ist zwar die Wirksamkeit des Geschäfts von der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung nicht abhängig, doch ist an diese Beurkundung eine sonst nicht vorhandene Gebundenheit geknüpft. So ist der Erbe eines Stifters zum Widerrufe der Stiftung nicht mehr berechtigt, wenn das Stiftungsgeschäft gerichtlich oder notariell beurkundet ist und der Stifter bei oder nach der Beurkundung das Gericht oder den Notar mit der Einreichung des Gesuchs um staatliche Genehmigung betraut hat (§ 81 Abs. 2). Insbesondere aber sind die Betheiligten an die sachenrechtliche Einigung, wenn sie Grund-

[41]) Vergl. RFG. §§ 167 ff., PFG. Artt. 40 ff.

[42]) Siehe oben S. 159 Anm. 23.

[43]) Daß der Antrag dem Annehmenden zugegangen und daß die Annahme rechtzeitig erfolgt ist, muß erforderlichen Falles von dem bewiesen werden, der das Zustandekommen des Vertrags behauptet. Vgl. hierzu Planck Anm. 1 zu § 128. Wenn beide Theile gleichzeitig anwesend sind und ihre Erklärungen beurkunden lassen, wird das Vorliegen der erwähnten Voraussetzungen des Vertragsabschlusses in der Regel aus der Urkunde hervorgehen. Des Nachweises, daß die Annahmeerklärung dem Antragenden zugegangen ist, bedarf es nach § 152 nicht.

[44]) Wenn A. in Breslau in einer notariellen Urkunde erklärt, daß er dem B. in Berlin sein Grundstück unter gewissen Bedingungen verkaufe, diesen Antrag dem B. zugehen läßt und B. in Berlin die Annahme dieses Antrags rechtzeitig in einer notariellen Urkunde erklärt, so ist die Form der notariellen Beurkundung des Vertrags gewahrt (§ 128) und der Vertrag mit der Beurkundung der Annahme in Berlin geschlossen (§ 152).

[45]) Nach Art. 142 EG., Art. 12 § 2 Preuß. AG. ist für die Beurkundung dieses Vertrags, wenn einer der Vertragschließenden durch eine öffentliche Behörde vertreten wird, außer den Gerichten und Notaren auch der Beamte zuständig, welcher von dem Vorstande der zur Vertretung berufenen Behörde oder von der vorgesetzten Behörde bestimmt ist. Vergl. ferner Preuß. AG. Art. 12 § 3.

[46]) Siehe ferner §§ 311, 312 Abs. 2, 1491 Abs. 2, 1492 Abs. 2, 1501 Abs. 2, 2033 Abs. 1, 2348, 2351, 2352. Vergl. die Zusammenstellungen bei Schultze-Oberneck Anm. 3 zu Art. 31 PFG. und bei Rausnitz Anm. 33 ff. zu § 167 RFG.

[47]) §§ 1516 Abs 2, 1517 Abs. 1, 1730, 1748 Abs. 3, 2271, 2282 Abs. 3, 2291 Abs. 2, 2296 Abs. 2.

stücke oder Rechte an solchen betrifft (§§ 873, 877), vor der Eintragung in das Grundbuch nur gebunden, wenn die Erklärungen gerichtlich oder notariell beurkundet oder in einer anderen im § 873 Abs. 2 bezeichneten Weise abgegeben sind[48]).

C. Die Errichtung des Rechtsgeschäfts vor Gericht oder Notar oder einer anderen Behörde.

1. Zur Wahrung der Form ist hier, anders als bei der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, erforderlich, daß die Betheiligten, bei Verträgen beide Parteien, bei gleichzeitiger Anwesenheit vor Gericht oder Notar ihre Erklärungen abgeben. Aus den über diese Erklärungen aufgenommenen Urkunden muß sich der Abschluß des Vertrags ergeben, ohne daß es eines weiteren Beweises für das Zustandekommen des Vertrags bedarf.[49])

2. Vorgeschrieben ist:

a) Errichtung vor Gericht für die Auflassung (§ 925 Abs. 1)[50]) und für die zur Bestellung eines Erbbaurechts erforderliche Einigung (§ 1015).

b) Errichtung vor Gericht oder Notar für den Ehevertrag (§ 1434), den Annahmevertrag bei der Annahme an Kindesstatt (§ 1750 Abs. 2) und die Aufhebung der Annahme (§ 1770), den Erbvertrag (§ 2276) und den Vertrag, durch den ein Erbvertrag oder eine einzelne vertragsmäßige Verfügung aufgehoben wird (§ 2290 Abs. 4), das Testament (§ 2231 Nr. 1, 2238).

c) Die Eheschließung erfolgt vor dem Standesbeamten (§ 1317).

3. Für die Errichtung eines Testaments gelten die Vorschriften der §§ 2233—2246 (§ 2232), für den Abschluß eines Erbvertrags die §§ 2276, 2277, 2233—2245. Im übrigen gelten für das Verfahren auch hier die Vorschriften der Gesetze über die freiwillige Gerichtsbarkeit. (RFG. § 168.)

D. Die öffentliche Beurkundung.

1. Zur Wahrung der Form bedarf es auch hier, wie im Falle B, der Aufnahme einer Urkunde; die Beglaubigung der Unterschrift genügt nicht. Doch braucht die Beurkundung nicht durch Gericht oder Notar, sie kann vielmehr durch jede nach den Landesgesetzen hierzu zuständige Behörde oder jeden hierzu zuständigen Beamten erfolgen[51]).

2. In zwei Fällen knüpft das BGB. gewisse Rechtswirkungen an die Abgabe einer Erklärung in öffentlicher Urkunde, nämlich in den Fällen der §§ 1718 und 1720 Abs. 2. Für die Aufnahme der hier in Frage kommenden Urkunden über die Anerkennung der Vaterschaft sind nach § 167 Abs. 2 RFG. die Notare und die Amtsgerichte und, wenn die Anerkennung bei der Anzeige der Geburt des Kindes oder bei der Eheschließung seiner Eltern erfolgt, auch der Standesbeamte zuständig, welcher die Geburt oder die Eheschließung beurkundet[52]).

---

[48]) Der Vorbehalt des Art. 142 EG. (S. 163 Anm. 46) bezieht sich auch auf die Einigung des § 873. Für diese ist jedoch von dem Vorbehalt in Preußen kein Gebrauch gemacht. — Ueber die Auflassung siehe Anmerkung 50.

[49]) Siehe S. 163 unter 3.

[50]) Vergl. hierzu Preuß. AG. Artt. 26, 27, EG. Art. 143.

[51]) Weder das BGB. noch das RFG. haben eine allgemeine Bestimmung darüber getroffen, durch wen eine öffentliche Beurkundung zu erfolgen hat. Die Ordnung der Zuständigkeit ist daher den Landesgesetzen überlassen. Nach Art. 31 PFG. sind für die Aufnahme von Urkunden der freiwilligen Gerichtsbarkeit nur die Amtsgerichte und die Notare zuständig, sodaß nur durch diese die öffentliche Beurkundung erfolgen kann (vergl. S. 2 Abs. 1 des Art. 31 und Schultze-Oberneck Anm. 1 zu Art. 31 PFG). Ausnahmen ergiebt Art. 32 PFG., vergl. auch daselbst Artt. 108 ff.

[52]) In Preußen ist dieser Standesbeamte auch zuständig, wenn die Anerkennung der Vaterschaft nicht bei der Anzeige der Geburt oder bei der Eheschließung erfolgt (RFG.

Ferner kann eine öffentliche Beurkundung, nämlich die Aufnahme eines Verzeichnisses, durch die zuständige Behörde oder einen zuständigen Beamten oder Notar verlangt werden beim Nießbrauch an einem Inbegriffe von Sachen (§ 1035), beim gesetzlichen Güterrecht und bei der Errungenschaftsgemeinschaft in Ansehung des eingebrachten Gutes (§§ 1372, 1528), sowie bei der Testamentsvollstreckung hinsichtlich der der Verwaltung des Testamentsvollsteckers unterliegenden Nachlaßgegenstände (§ 2215 Abs. 4)[53][54].

E. Die öffentliche Beglaubigung.

§ 129.

1. Zur Wahrung der Form bedarf es der schriftlichen Abfassung der Erklärung und der Beglaubigung der Unterschrift des Erklärenden durch eine zuständige Behörde oder einen zuständigen Beamten oder einen Notar (§ 129 Abs. 1 S. 1). Die schriftliche Abfassung stellt einen Fall der gesetzlich vorgeschriebenen Schriftform dar. Der Text der Erklärung braucht deshalb nicht schriftlich abgefaßt, er kann auch durch den Druck oder sonst mechanisch hergestellt sein[55]). Es genügt die Unterzeichnung durch den Erklärenden[56]) entweder durch Namensunterschrift oder mittelst gerichtlich oder notariell beglaubigten

---

§§ 191 Abs. 1, 200, Preuß. AG. Art. 70 Abs. 1). Im übrigen ist in Preußen von dem Vorbehalte des § 191 Abs. 1 RFG. kein Gebrauch gemacht.

[53]) Für die Aufnahme von Vermögensverzeichnissen sind in Preußen zuständig die Amtsgerichte und die Notare (PFG. Art. 31 Abs. 1 S. 3) sowie die Gerichtsschreiber und Gerichtsvollzieher (AG. zum GVG. vom 24. 4. 1878 §§ 70, 74 Nr. 3 PFG. Artt. 38, 131). Vgl. auch PFG. Artt. 108, 111, 117, 122, 123, 128.

[54]) Es ist zu beachten, daß hier nur von der öffentlichen Beurkundung im Sinne der Aufnahme von Urkunden der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Rede ist (vergl. PFG. Art. 31 Abs. 1). Der Begriff der öffentlichen Urkunde ist weiter; er umfaßt jede Urkunde, die von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse in der vorgeschriebenen Form aufgenommen ist (CPO. § 415 Abs. 1). Wenn z. B. die zuständige öffentliche Behörde die Löschung einer für den Fiskus eingetragenen Hypothek bewilligt, so stellt diese Löschungsbewilligung eine öffentliche Urkunde dar (GBO. § 29), nicht aber einen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit, eine öffentliche Beurkundung im Sinne des Art. 31. PFG.

[55]) Wenn § 129 Abs. 1 schriftliche Abfassung vorschreibt, so bestimmen sich die Erfordernisse einer solchen nach § 126. Es gilt danach für die schriftliche Abfassung des § 129 alles, was oben S. 157 ff. über die Schriftform gesagt ist. Danach liegt eine wirksame öffentlich beglaubigte Erklärung auch dann vor, wenn die Unterschrift in blanco beglaubigt und die Erklärung erst später darüber gesetzt ist. Da die unterzeichnete Erklärung eine schriftliche (siehe oben S. 157 Anm. 15) und die Unterschrift beglaubigt ist, so sind die Erfordernisse des § 129 Abs. 1 erfüllt. Ebenso Rausnitz Anm. 2 zu § 183 RFG., Jastrow, Formularbuch und Notariatsrecht (11. Aufl., Berlin 1899), Anm. 3a zu § 183 RFG. S. 68. AM. Schulze-Görlitz Vorbemerkung 3 zu § 183 RFG., Hölder Anm. 1 zu § 129, vergl. auch Leonhard § 82 unter VI c. Die Ansicht von Hölder a. a. O., daß die Beglaubigung nicht nur die Unterschrift, sondern auch den Inhalt der Erklärung zum Gegenstande habe, widerspricht schon dem Wortlaute des § 129 Abs. 1 S. 1.

[56]) Nach § 129 Abs. 1 S. 1 muß die Erklärung schriftlich abgefaßt, d. h. sie muß von dem Aussteller der Urkunde gemäß § 126 unterzeichnet und die Unterschrift muß beglaubigt werden. Nach § 183 Abs. 1 RFG. kann der Richter oder Notar die Unterschrift beglaubigen nicht nur, wenn sie in seiner Gegenwart vollzogen, sondern auch wenn sie in seiner Gegenwart anerkannt ist. Durch diese Verfahrensvorschrift sind die materiellrechtlichen Vorschriften über die Erfüllung der Schriftform nicht geändert. Es ist deshalb verfehlt, wenn Hölder Anm. 1 zu § 129, Jastrow a. a. O. Anm. 19, b zu § 183 S. 72 meinen, daß die Anerkennung der Unterschrift zur Erfüllung der Vorschriften des § 129 genüge, auch wenn die Unterschrift nicht von dem Anerkennenden herrühre. In diesem Falle liegt in Ermangelung der eigenhändigen Namensunterschrift eine schriftliche Erklärung und in Folge dessen auch eine öffentlich beglaubigte Erklärung des Anerkennenden nicht vor.

Handzeichens (§ 126 Abs. 1). Letzteren Falles ist eine weitere Beglaubigung nicht erforderlich (§§ 129 Abs. 1 S. 2)[57]).

Zuständig für die öffentliche Beglaubigung einer Unterschrift sind grundsätzlich nur die Amtsgerichte und die Notare (RFG. § 167 Abs. 2 S. 1).[58]) Für die gerichtliche Beglaubigung eines Handzeichens sind die Amtsgerichte zuständig (RFG. § 167 Abs. 1).[59]) In allen Fällen wird die öffentliche Beglaubigung durch die gerichtliche oder notarielle Beurkundung ersetzt (§ 129 Abs. 2).[60])

2. Die öffentliche Beglaubigung ist in zahlreichen Fällen vorgeschrieben, z. B. für die Anmeldungen zum Vereinsregister (§ 77), den Antrag auf Eintragung in das Güterrechtsregister (§ 1560), die Ausschlagung einer Erbschaft und die Vollmacht zu einer solchen (§ 1945).[61]) In einigen Fällen muß die öffentliche Beglaubigung auf Verlangen eines Betheiligten erfolgen. So hat beispielsweise bei der Abtretung der bisherige Gläubiger dem neuen Gläubiger auf Verlangen eine öffentlich beglaubigte Urkunde über die Abtretung auszustellen (§ 403).[62]) Bei Forderungen, die durch eine Hypothek gesichert sind, hat eine zusammenhängende, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführende Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen sowie das öffentlich beglaubigte Anerkenntniß einer kraft Gesetzes erfolgten Uebertragung der Forderung für die Anwendung der Vorschriften über den Glauben des Grundbuchs (§§ 891—899) auf den Besitzer des Hypothekenbriefs die gleiche Wirkung wie die Eintragung des Besitzers des Briefes als Gläubigers im Grundbuche (§§ 1155).[63])[64])

---

[57]) Die Beglaubigung durch eine andere Behörde oder einen anderen Beamten als Gericht oder Notar ist bei der Unterzeichnung mittelst Handzeichens auch für die öffentliche Beglaubigung nicht genügend. — Siehe auch S. 158 Anm. 21.

[58]) PFG. Art. 31 Abs. 1 S. 2, siehe auch RFG. § 184. Ueber das Verfahren vergl. RFG. § 183, PFG. Art. 60. — Die Beglaubigung durch andere Behörden oder Beamte, z. B. Polizeibehörden, Bezirksvorsteher, Amtsvorsteher ist keine öffentliche Beglaubigung im Sinne des § 129. — Von dem Vorbehalte des § 191 Abs. 1 RFG. ist in Preußen nur in sehr beschränktem Maße Gebrauch gemacht, nämlich nur für die Hohenzollern'schen Lande (Ortsvorsteher), den vormals Landgräflich Hessischen Amtsbezirk Homburg, das vormalige Herzogthum Nassau, das Gebiet der vormals freien Stadt Frankfurt mit Ausnahme des Gebiets der jetzigen Stadtgemeinde Frankfurt (Bürgermeister) und die vormals Großherzoglich Hessischen Gebietstheile (Ortsgerichtsvorsteher) PFG. Art. 115, vergl. Art. 122, 123. — Die im Art. 32 PFG. vorbehaltenen Ausnahmen siehe in der Begründung zum E. des Gesetzes (Materialien des PFG., Berlin, Carl Heymanns Verlag) S. 63.

[59]) Siehe oben S. 158 Anm. 22.

[60]) Durch eine andere öffentliche Beurkundung als die gerichtliche oder notarielle (siehe im Texte unter D, 1) wird die öffentliche Beglaubigung nicht ersetzt. Fraglich könnte es erscheinen, ob in den Fällen, in denen das Gesetz eine öffentlich beglaubigte Erklärung erfordert, die von einer öffentlichen Behörde in einer öffentlichen Urkunde (siehe Anm. 54 S. 165) abgegebene Erklärung noch der Beglaubigung gemäß § 129 bedarf, ob z. B. die Ausschlagung einer Erbschaft seitens einer öffentlichen Behörde gerichtlich oder notariell beglaubigt sein muß (§ 1945 Abs. 1). Nach dem Wesen der öffentlichen Urkunde wird man die Frage verneinen müssen (vergl. CPO. §§ 415, 417, 418).

[61]) Vergl. ferner §§ 411, 1342 Abs. 1, 1491 Abs. 1, 1492 Abs. 1, 1577 Abs. 2 und 3, 1597 Abs. 1, 1662, 1686, 1706 Abs. 2, 2198 Abs. 1 und insbesondere auch GBO. § 29.

[62]) Siehe auch §§ 371, 1035, 1154 Abs. 1, 1372, 1528 Abs. 1, 2120, 2121 Abs. 1, 2215 Abs. 2.

[63]) In allen vom BGB. vorgeschriebenen Fällen der öffentlichen Beglaubigung, mag diese für Erklärungen, Unterzeichnungen oder Urkunden angeordnet sein (vergl. z. B. §§ 1577 Abs. 2 und 3, 1035 S. 2, 403), handelt es sich um die Beglaubigung von Unterzeichnungen (§ 129). Dagegen ist im § 444 S. 2 von einem öffentlich beglaubigten Auszuge die Rede. In welcher Weise und durch wen hier die Beglaubigung zu erfolgen hat, bestimmen auch hier in Ermangelung reichsgesetzlicher Vorschriften die Landesgesetze (PFG. Art. 31 Abs. 1 S. 2).

F. Für Blinde, Taubstumme, des Schreibens und Lesens Unkundige, durch Zufall am Schreiben Verhinderte sowie der Sprache, in der die Urkunde abgefaßt ist, Unkundige[65]) sind besondere Vorschriften nicht gegeben, sodaß für diese Personen die allgemeinen Bestimmungen gelten.[66]) Auch bei ihnen genügt danach, wenn sie sich der Schriftform bedienen müssen, die Unterzeichnung der Urkunde nach Maßgabe des § 126, also die Unterschrift, oder wenn sie nicht schreiben können oder wollen, die Unterzeichnung mittelst gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens. In allen Fällen können sie sich auch der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedienen (§ 126 Abs. 3).[67])

G. Die für gewisse Rechtsgeschäfte nothwendige Mitwirkung einer Behörde (Genehmigung, Bestätigung, Buchung) stellt keine Form des Rechtsgeschäfts dar. Inwieweit die Betheiligten vor der Vornahme des behördlichen Aktes an das Rechtsgeschäft gebunden sind, ist durch Sondervorschriften bestimmt[68]).

IV. Die Erfüllung ersetzt die Beobachtung der Form nicht. Diese Regel ergiebt sich für das BGB.[69]) aus der beim Mangel der Form eintretenden Nichtigkeit des Geschäfts (§ 125)[70]). Sie gilt für die gesetzlich vorgeschriebene Schriftform mit nur einer Ausnahme: bei der Bürgschaftserklärung wird der Mangel der Form geheilt, soweit der Bürge die Hauptverbindlichkeit erfüllt. (§ 766 S. 2)[71]). Ferner wird ein ohne gerichtliche oder notarielle Beurkundung geschlossener Vertrag, durch den sich der eine Theil zur Uebertragung des Eigenthums an einem Grundstücke verpflichtet, seinem ganzen Inhalte nach wirksam, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen (§ 313). Bei der Schenkung wird der Mangel der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung des Schenkungsversprechens durch die Bewirkung der versprochenen Leistung geheilt (§ 518 Abs. 2)[72]). Bei der sachenrechtlichen Einigung der §§ 873, 877 tritt mit der Eintragung die vorher ohne Beobachtung der im § 873 Abs. 2 vorgeschriebenen Form nicht vorhandene Gebundenheit ein[73]).

Ist die Form rechtsgeschäftlich bestimmt, so ist aus den Umständen zu entnehmen, ob in der vollständigen oder theilweisen Erfüllung nach dem Willen

---

[64]) Die Beweiskraft der gerichtlichen, notariellen und öffentlichen Urkunden richtet sich nach CPO. §§ 415, 417, 418, die der öffentlich beglaubigten Urkunden nach CPO. § 416. Auf den Echtheitsbeweis finden die §§ 437, beziehungsweise 440 CPO. Anwendung.

[65]) Vergl. RG. Bd. 45 S. 141 und Berger, ist gegenüber einem nach dem 1. 1. 1900 geschlossenen schriftlichen Vertrag auch wenn der Vertrag der Schriftform bedarf, der Einwand zulässig, daß der Einwendende der Sprache, in der der Vertrag abgefaßt ist, nicht mächtig ist? Gruchot Bd. 45 S. 207 ff.

[66]) Anders §§ 171 ff. I, 5 ALR.

[67]) Vergl. RFG. §§ 8, 9, 169, 178—180, PFG. Art. 41.

[68]) Vergl. über die staatliche Genehmigung von Stiftungen §§ 80, 81, von Schuldverschreibungen auf den Inhaber § 795, die gerichtliche Bestätigung der Annahme an Kindesstatt §§ 1741, 1754, die Eintragung in das Grundbuch § 873.

[69]) Im Gegensatze zum ALR. §§ 146, 147, 156 ff. I, 5.

[70]) Daß aus dem nichtigen Geschäfte kein Anspruch auf Erfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung erwächst (§§ 155, 168 I, 5 ALR.), bedarf keiner besonderen Hervorhebung. Vergl. oben S. 155.

[71]) Im Falle des § 1154 wird die schriftliche Form der Abtretungserklärung durch die Eintragung der Abtretung in das Grundbuch ersetzt (§ 1154 Abs. 2).

[72]) Vergl. auch § 2301 Abs. 2.

[73]) Siehe oben S. 163.

der Betheiligten eine Aufhebung der die Form vorschreibenden Vereinbarung enthalten ist[74]).

Soweit das Rechtsgeschäft trotz der Erfüllung nichtig bleibt, kann das Geleistete nach den Grundsätzen über ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 812 ff.) von den Betheiligten zurückgefordert werden[75]). Dabei findet eine Bevorzugung desjenigen, welcher zur Erfüllung bereit war[76]), in keiner Weise statt. Auch für die Vergütigung von Handlungen, die auf Grund des nichtigen Geschäfts geleistet sind[77]), finden die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung (§ 818 Abs. 2) Anwendung.

V. In Ansehung der Nebenabreden[78]), welche der erforderlichen Form ermangeln, sind folgende Fälle zu unterscheiden:

1. Ist die Form durch Gesetz vorgeschrieben, so erstreckt sich das Formerforderniß auf alle von den Erklärenden zu treffenden Bestimmungen, also auch auf Nebenpunkte. Ermangeln diese der vorgeschriebenen Form, so sind sie nichtig (§ 125 S. 1) und ihre Nichtigkeit hat im Zweifel die Nichtigkeit des ganzen Rechtsgeschäfts zur Folge (§ 139).

Bei Verträgen ist die im Zweifel zum Vertragschluß erforderliche Einigung über alle Punkte (§ 154 Abs. 1) nicht vorhanden, so lange sie nicht in der vorgeschriebenen Form erfolgt ist. Hiernach hindern die dieser Form entbehrenden Nebenabreden in der Regel das Zustandekommen des Vertrags. Ist nach den Umständen des einzelnen Falles anzunehmen, daß der Vertrag geschlossen sein soll, so sind doch die nicht formgerechten Nebenabreden nichtig. Die hiernach offenbleibenden Punkte sind nach den gesetzlichen Bestimmungen zu ergänzen.

2. Ist die Form durch Rechtsgeschäft bestimmt, so erstreckt sich das Formerforderniß im Zweifel gleichfalls auf alle zu treffenden Bestimmungen. Ist dies der Fall, so sind die der Form entbehrenden Nebenabreden im Zweifel nichtig (§ 125 S. 2) und es finden auch im übrigen die zu 1 entwickelten Grundsätze Anwendung. Es kann jedoch auch dem Willen der Betheiligten entsprechen, daß die der Form ermangelnden Nebenabreden wirksam sein sollen.

3. Ist die Form ohne gesetzliche oder rechtsgeschäftliche Vorschrift thatsächlich angewandt, so sind die formlosen Nebenabreden wirksam[79]). — In allen Fällen (1 bis 3), in denen eine Urkunde über einen Vertrag aufgenommen ist, greift zunächst die Vermuthung Platz, daß sie die vollständige Einigung der Betheiligten enthält. Wer Nebenabreden behauptet, hat sie zu beweisen.

4. Die zu 1—3 erörterten Abreden beziehen sich auf Punkte, welche nach dem Willen der Betheiligten neben den formgerechten Vereinbarungen gelten sollen. Mit ihnen nicht zu verwechseln sind formlose Abreden, aus denen hervorgeht, daß das in der vorgeschriebenen Form Beurkundete dem wirklichen Willen der Betheiligten nicht entspricht. Die

---

[74]) Dies wird meist der Fall sein, wenn die Erfüllung in Kenntniß der Nichtigkeit erfolgt.

[75]) Die Rückforderung ist aber ausgeschlossen, wenn der Leistende gewußt hat, daß er zur Leistung nicht verpflichtet war (§ 814).

[76]) §§ 157 ff., 163, 164 I, 5 ALR.

[77]) §§ 165—167 I, 5 ALR.

[78]) Vergl. Staub Anm. 49 ff. zu § 350 HGB.

[79]) Anders §§ 127, 128 I, 5 ALR.

Erheblichkeit solcher Abreden und ihre Wirkung richten sich nach den Vorschriften über Willensmängel (Schein, Scherz, Irrthum, arglistige Täuschung u. s. w., §§ 116 ff.). Auch hier muß bis zum Beweise des Gegentheils angenommen werden, daß die errichtete Urkunde den wahren Willen der Parteien enthält[80].

VI. Unter Punktationen werden Aufzeichnungen verschiedener Art verstanden.

1. Häufig bezeichnen Vertragschließende als Punktation eine von ihnen unterzeichnete Vereinbarung, die alle nach dem Gesetz oder ihrer Erklärung wesentlichen Punkte enthält, bei der sie aber eine Wiederholung der schriftlichen Beurkundung in korrekterer Fassung, meist mit Hilfe eines Rechtsverständigen, vorbehalten. Hier ist der Vertrag durch die Punktation wirksam geschlossen[81].

2. In anderen Fällen wird unter Punktation die schriftliche und unterzeichnete Feststellung der bereits erfolgten Einigung über die wesentlichen Vertragspunkte verstanden, bei der die Vereinbarung von Nebenpunkten noch vorbehalten ist[82]. Eine solche Punktation unterliegt der Vorschrift des § 154 Abs. 1 S. 1, welche nach Satz 2 daselbst auch dann gilt, wenn eine Aufzeichnung der bereits vereinbarten Punkte stattgefunden hat.

3. Endlich wird als Punktation bezeichnet die Aufzeichnung eines dem Inhalte nach völlig vereinbarten, aber einer anderen Form bedürfenden Vertrags (z. B. schriftliche, dem § 126 entsprechende Urkunde, während gerichtliche oder notarielle Beurkundung vorgeschrieben ist). Eine derartige Punktation ist nichtig, wenn die mangelnde Form durch Gesetz vorgeschrieben ist (§ 125 Satz 1). Es kann namentlich aus einer solchen Punktation nicht auf Errichtung eines förmlichen Vertrags geklagt werden. War die fehlende Form durch Rechtsgeschäft bestimmt, so ist es Frage der Auslegung, ob die Punktation wirksam sein, oder die Wirksamkeit des Vertrags erst mit der Erfüllung der vereinbarten Form eintreten soll. Im Zweifel ist die Punktation auch in diesem Falle nichtig (§ 125 S. 2).

4. Traktate, d. h. die dem Abschluß eines Vertrags voraufgehenden, dessen Herbeiführung bezweckenden Unterhandlungen[83], haben keine bindende Kraft.

5. Der Vorvertrag ist im BGB. nicht besonders geregelt. Seine Zulässigkeit ist außer Zweifel (z. B. Vertrag über Gewährung eines Darlehns [§ 610], Vertrag, in dem sich jemand verpflichtet, nach 5 Jahren das Geschäft eines Anderen für einen bestimmten Preis zu kaufen). Der Vorvertrag unter-

[80]) Vergl. zu Nr. 4 Dernburg PP. I § 99 S. 209, Eccius I § 79 unter 3, Koch Anm. 36 zu § 128 I, 5 ALR. — A. vereinbart mit B., daß dieser ihm Zahlung von 10000 Mk. in monatlichen Theilzahlungen von 100 Mk. verspricht (§ 780). B. unterschreibt darauf ein ihm von A. vorgelegtes Schriftstück: „Ich verpflichte mich, an A. 10000 Mk. zu zahlen." Die Vereinbarung der Theilzahlungen ist nichtig und damit der ganze Vertrag unwirksam. Den Beweis, daß Theilzahlungen vereinbart sind, hat gegenüber der Urkunde B. zu führen. — Hat B. das Schriftstück selbst abgefaßt, dabei die Theilzahlungen berücksichtigt, aber versehentlich statt 100, 1000 Mk. monatlich geschrieben, so ist seine schriftliche Erklärung wegen Irrthums anfechtbar. Behauptet er, daß A. die Urkunde verfaßt, dabei 1000 statt 100 Mk. geschrieben und ihm gesagt habe, er solle nur unterschreiben, ohne die Urkunde erst noch einmal durchzulesen, es sei alles in Ordnung, so liegt eine zur Anfechtung berechtigende arglistige Täuschung vor.

[81]) Vgl. §§ 120, 121 I, 5 ALR.

[82]) § 125 I, 5 ALR.

[83]) Vgl. § 125 I, 5 ALR.

liegt den über den Vertrag selbst gegebenen Bestimmungen einschließlich der für diesen gegebenen Formvorschriften[84]).

§ 42. Die Erklärung des Willens.

I. Das BGB. stellt grundsätzlich die stillschweigenden Willenserklärungen den ausdrücklichen gleich:[1]) eine jede Willenserklärung kann auch stillschweigend, d. h. durch konkludente Handlungen, abgegeben werden. Ausgenommen sind die wenigen Fälle, in denen das Gesetz eine ausdrückliche Willenserklärung besonders verlangt (§§ 244 Abs. 1, 700 Abs. 2), und ferner selbstverständlich diejenigen, in denen die Willenserklärung an eine besondere Form gebunden oder einer Behörde gegenüber abzugeben ist. Schweigen kann in der Regel als eine Willensäußerung nicht angesehen werden, soweit nicht im Gesetze selbst dem Schweigen die Wirkung einer Willenserklärung (bald einer zustimmenden, bald einer ablehnenden) beigelegt ist. Wer vermeiden will, daß aus seiner Handlung ein ihm ungünstiger Schluß auf seinen Willen gezogen werde, muß bei der Vornahme der Handlung einen Vorbehalt machen. In gewissen Fällen schreibt das Gesetz selbst einen solchen Vorbehalt[2]) zur Wahrung gewisser Rechte vor (z. B. §§ 341 Abs. 3, 464, 640; vergl. auch §§ 568, 625, in denen die Erklärung eines entgegengesetzten Willens verlangt wird.) Ein Vorbehalt ist aber unwirksam, wenn er sich gegen einen Schluß aus der Handlung richtet, der nothwendiger Weise aus ihr gezogen werden muß (sog. protestatio facto contraria. Einen Fall einer solchen erwähnt das Gesetz im § 1253 Abs. 1).

II. Die Frage, wann Willenserklärungen wirksam werden, ist im Gesetze nur für empfangsbedürftige Willenserklärungen, die einem Abwesenden[3]) gegenüber abgegeben werden, geregelt:

§ 130. 1. a) die Willenserklärung wird in dem Zeitpunkte wirksam, in dem sie dem Anderen zugeht, d. h. so in seinen Machtbereich gelangt, daß er unter normalen Verhältnissen die Möglichkeit hat, von der Erklärung Kenntniß zu nehmen (sog. Empfangstheorie); gleichgültig ist es, ob er wirklich von der Erklärung Kenntniß genommen oder z. B. die Annahme des Schriftstücks verweigert hat. Auch wenn er dies ohne sein Verschulden nicht gethan hat (z. B. wegen Krankheit, Geschäftsreisen, ja sogar, wenn z. B. der Brief, nachdem er in den Briefkasten geworfen war, gestohlen worden oder verbrannt ist), ist die Erklärung wirksam geworden.[4]) Andererseits aber ist die Erklärung nicht als zugegangen im Sinne des Gesetzes anzusehen, wenn der Erklärende sich zur

---

[84]) Vgl Rehbein, Anm. V, 1 zu §§ 125 ff. S. 159, Anm. 1, 2 zu §§ 145 ff. S. 307. Planck Anm. 5 zu § 125, Kuhlenbeck Anm. 2 zu § 125, Dernburg II § 83 unter I, 3, RG. Bd. 43 S. 139. Einen Vorvertrag stellt auch die Abrede dar, einen Vertrag in der vorgeschriebenen Form abzuschließen. Die Abrede ist nichtig, wenn sie nicht in der für den Vertrag erforderlichen Form getroffen ist.

[1]) E. I § 72, der diesen Grundsatz besonders aussprach, ist als entbehrlich gestrichen worden, Prot. I S. 68. In zahlreichen Einzelfällen verweist jedoch das Gesetz auf stillschweigende Vereinbarungen und darauf, daß der Wille der Parteien aus „den Umständen" entnommen werden solle (z. B. §§ 164 Abs. 1, 269, 328 Abs. 2, 612, 632).

[2]) Das Wort „Vorbehalt", „sich etwas vorbehalten" wird im BGB. auch in dem Sinne gebraucht: etwas vereinbaren, verabreden, z. B. §§ 332, 346, 357, 358, 360, 455.

[3]) Ueber das Wirksamwerden nicht empfangsbedürftiger Willenserklärungen und empfangsbedürftiger Willenserklärungen einem Anwesenden gegenüber s. unten S. 173.

[4]) Als Zeitpunkt des Zugehens wird man denjenigen Zeitpunkt ansehen müssen, in welchem der Erklärungsempfänger normaler Weise von der Erklärung Kenntniß nehmen konnte und mußte. Wird ein Brief mitten in der Nacht in den an der Wohnung des Empfängers angebrachten Briefkasten geworfen, so kann man nicht sagen, daß ihm schon mit dem Zeitpunkte des Einwurfes des Briefes die Erklärung zugegangen ist. Vergl. Hölder S. 292, 293.

Uebermittelung der Erklärung eines im Verkehre nicht üblichen Weges bedient, und der Empfänger in Folge dieses Umstandes keine Kenntniß von der Erklärung genommen hat.

b) Da die Wirksamkeit der Erklärung erst mit ihrem Zugehen eintritt, so wird sie nicht wirksam, wenn dem Erklärungsempfänger ein Widerruf[5]) vorher oder gleichzeitig zugeht. Auch für den Widerruf ist der Zeitpunkt des Zugehens entscheidend; er ist also wirkungslos, wenn er dem Empfänger später zugeht, als die Erklärung, mag auch der Empfänger zufällig das später eingegangene Widerrufs-Schreiben zuerst gelesen haben.[6])

c) Aus der Vorschrift des § 130 folgt weiter, daß eine einmal wirksam gewordene Willenserklärung nicht mehr widerrufen werden kann. Die Widerruflichkeit einer wirksamen Erklärung ist eine Ausnahme, die nur dann Platz greift, wenn sie besonders vorgeschrieben ist, wie es insbesondere bei der Zustimmung (§ 183) der Fall ist. Vergl. ferner §§ 81 Abs. 2,168, 658.[7])

d) Sowohl das Zugehen der Erklärung, wie das Zugehen des Widerrufs muß auf dem Willen des Erklärenden beruhen. Es genügt aber, wenn der Erklärende im Zeitpunkte der Abgabe der Erklärung willensfähig ist; wenn er nachher, in der Zeit zwischen der Abgabe und dem Wirksamwerden der Erklärung, stirbt oder geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt wird, so hat dies auf die Wirksamkeit der Willenserklärung keinen Einfluß (vergl. § 153).[8]) Als abgegeben kann man die Erklärung jedoch erst ansehen, wenn der Erklärende seinerseits das gethan hat, was zur Uebermittelung der Erklärung an den Empfänger erforderlich ist (vergl. § 1733 Abs. 2, 1753 Abs. 2). Auslegungsfrage für den einzelnen Fall ist es, ob der Erklärung nicht stillschweigend die Bedingung beigefügt ist, daß sie für den Fall des Todes oder der Geschäftsunfähigkeit des Erklärenden nicht gelten solle. Doch berührt dies das Wirksamwerden der Erklärung nicht.

e) Alle diese Grundsätze gelten auch für die stillschweigende Willenserklärung. Auch für diese gilt die Empfangstheorie; es wird zur Wirksamkeit einer stillschweigenden Erklärung nicht verlangt, daß sie zur Kenntniß des Anderen gelangt, sondern es genügt das Zugehen in dem oben erwähnten Sinne.[9])

§ 131. 2. Auch zur Entgegennahme einer Willenserklärung ist Geschäftsfähigkeit erforderlich (§ 131).

a) Die einem Geschäftsunfähigen gegenüber abgegebene Willenserklärung wird nicht eher wirksam, als bis sie dem gesetzlichen Vertreter zugeht; eine Rückbeziehung der Wirksamkeit findet nicht statt.

---

[5]) Was für den Widerruf gilt, gilt für jede Aenderung der Erklärung, denn die Aenderung ist insoweit ein Widerruf. Neumann Anm. I 1 b zu § 130.

[6]) Die Ausnahme, die Cosack (I § 59 S. 178 unter 2) für den Fall macht, daß der Widerruf zwar später als die Erklärung, diese aber „verfrüht" angekommen ist, entbehrt jeder Begründung. Nach der Vorschrift des Gesetzes kommt es nicht darauf an, wann die Erklärung zugehen soll, sondern wann sie thatsächlich zugeht.

[7]) Wenn in einigen Fällen vom Gesetze die Unwiderruflichkeit besonders vorgeschrieben ist, so hat dies darin seinen Grund, daß es sich um Fälle der Zustimmung handelt, also Ausnahmen von § 183 Platz greifen, so in den §§ 876, 1071, 1245, 1276, 1726, 1748. Neumann Anm. B zu § 130 und Anm. 1 zu § 183.

[8]) Anders, wenn in der Zwischenzeit über das Vermögen des Erklärenden der Konkurs eröffnet worden ist. Nach § 7 KO. muß die Rechtshandlung, um den Konkursgläubigern gegenüber wirksam zu sein, vor der Konkurseröffnung vorgenommen sein. Hierzu gehört bei einer empfangsbedürftigen Willenserklärung unter Abwesenden, daß sie nicht nur abgegeben, sondern auch zugegangen ist. A. M. Jäger Anm. 30 zu § 6 KO. unter Berufung auf § 130 BGB., der jedoch eine Entscheidung über diese Frage nicht giebt.

[9]) Anders E. I § 74 Abs. 1. Vergl. Prot. I S. 69.

b) Eine Erklärung, die einer in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Person gegenüber abgegeben wird, ist dann wirksam, wenn sie dieser Person lediglich einen rechtlichen Vortheil bringt, z. B. ein Vertragsantrag, oder wenn der gesetzliche Vertreter seine Einwilligung ertheilt hat (vergl. §§ 107, 111). Liegen diese Fälle nicht vor, so wird die Erklärung (z. B. Kündigung, Mahnung), erst wirksam, wenn sie dem gesetzlichen Vertreter zugeht;[10]) durch Genehmigung kann die Erklärung eine Wirksamkeit von einem früheren Zeitpunkt an nicht erlangen.[11])

c) Befindet sich der Empfänger der Willenserklärung, die einem Abwesenden gegenüber abgegeben wird, zu der Zeit, wo sie ihm zugeht, in einem Zustande des § 105 Abs. 2, so ist dies für die Wirksamkeit der Willenserklärung unerheblich. Dies folgt aus dem oben erörterten Begriffe des Zugehens. Dagegen wird die Erklärung nicht wirksam, wenn der Empfänger zur Zeit des Zugehens verstorben ist.

§ 132. 3. a) Die Wirksamkeit einer jeden empfangsbedürftigen Willenserklärung kann man dadurch herbeiführen, daß man sie durch Vermittelung eines Gerichtsvollziehers[12]) nach den Vorschriften der Civilprozeßordnung zustellt (§ 132); mit dem Zeitpunkt, in dem sie zugestellt ist, gilt sie als abgegeben. Im Falle des § 131 genügt es nicht, wenn der gesetzliche Vertreter von der an die geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person erfolgten Zustellung Kenntniß erlangt, es muß vielmehr die Zustellung an den gesetzlichen Vertreter selbst erfolgen, da die gesetzliche Fiktion des § 132 nur der Zustellung die Bedeutung des Zugehens der Erklärung beilegt.

b) Von besonders wichtiger praktischer Bedeutung ist die Vorschrift, daß, wenn der Erklärende über die Person desjenigen, welchem gegenüber die Erklärung abzugeben ist, in unverschuldeter Unkenntniß sich befindet, und ebenso, wenn der Aufenthalt der Person unbekannt ist, die öffentliche Zustellung nach Maßgabe der für eine öffentliche Ladung in den §§ 204—207 CPO. gegebenen Vorschriften zulässig ist.[13]) Die öffentliche Ladung wird von dem nach § 132 Abs. 2 zuständigen Gerichte bewilligt.[14])

---

[10]) Ausnahmen: § 109 Abs. 1 und ferner die vom gesetzlichen Vertreter dem beschränkt Geschäftsfähigen gegenüber abgegebenen Erklärungen (§§ 107, 108, 112, 113).

[11]) Wie die Fassung des § 131 ergiebt (vergl. dagegen die Fassung E. I § 66 u. Prot. VI S. 132), ist die einem Geschäftsunfähigen oder beschränkt Geschäftsfähigen gegenüber abgegebene Erklärung nicht unwirksam, so daß sie dem gesetzlichen Vertreter gegenüber wiederholt werden müßte. Wird z. B. einem Minderjährigen gekündigt, und übermittelt dieser das Kündigungsschreiben seinem gesetzlichen Vertreter, so wird nunmehr die Kündigung wirksam. Vorausgesetzt wird hierbei, daß die Erklärung nach dem Willen des Erklärenden auch für den gesetzlichen Vertreter bestimmt sein sollte, was aber in der Regel anzunehmen sein wird (vergl. Planck Anm. 2 b zu § 131).

[12]) Das Gesetz sagt: durch Vermittelung eines Gerichtsvollziehers. Dieser dem Sprachgebrauche der CPO. fremde Ausdruck ist weiter, als Zustellung durch den Gerichtsvollzieher, er umfaßt auch die Zustellung durch die Post (§ 193 CPO.). Eine Zustellung durch Aufgabe zur Post (§ 175 CPO.) ist nicht denkbar, da die Voraussetzung des § 174 CPO. nicht vorliegen kann; ebenso ist eine Zustellung nach §§ 199—202 CPO. (im Auslande) unzulässig, da sie nicht durch Vermittelung des Gerichtsvollziehers erfolgt. Eine Vermittelung durch den Gerichtsschreiber ist im Gesetze nicht vorgesehen. Unzulässig ist sie nicht, wenn nur der Gerichtsschreiber einen Gerichtsvollzieher beauftragt; nach § 196 darf er nicht prozedieren, weil sonst die Vermittelung des Gerichtsvollziehers fehlen würde.

[13]) Wenn z. B. der Miether gestorben ist und der Vermiether ohne Verschulden dessen Erben nicht kennt, so kann er öffentlich kündigen. — Die Erklärung gilt als abgegeben an dem Tage, an welchem seit der letzten Einrückung in die öffentlichen Blätter ein Monat verstrichen ist. Handelt es sich um Wahrung einer Frist u. s. w., so kommt § 207 CPO. zur Anwendung.

III. Nicht geregelt im Gesetze sind die Fragen, wann nicht empfangsbedürftige — abgesehen von den Vorschriften des § 130 Abs. 3 — und wann empfangsbedürftige Willenserklärungen unter Anwesenden wirksam werden.

1. Auf nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen, die einer Behörde gegenüber abzugeben sind, finden die Vorschriften des § 130 Abs. 1 und 2 Anwendung. Andere nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen werden, wenn sie in einer bestimmten Form abzugeben sind (z. B. das Testament), wirksam, sobald sie in dieser Form vollständig vorliegen, wenn keine Form vorgeschrieben ist (z. B. der Erbschaftsantritt), sobald sie aufgehört hat, ein bloßes Internum des Erklärenden zu sein, vielmehr so in die Erscheinung getreten ist, daß sie auch von Anderen erkannt werden konnte, wobei es jedoch gleichgültig ist, ob sie von bestimmten anderen Personen erkannt worden ist.

2. Eine empfangsbedürftige Willenserklärung unter Anwesenden wird wirksam in dem Zeitpunkt, in welchem sie dem Anderen (z. B. durch mündliche Mittheilung) vernehmlich oder (z. B. durch Uebergabe eines Schriftstücks) erkennbar geworden ist [15]) Ein bloßes Zugehen der Willenserklärung in dem oben erörterten Sinne ist hier nicht genügend: hat der Andere die Willenserklärung nicht vernehmen können, weil er taub ist oder weil er geschlafen hat oder weil er betrunken war, so ist sie nicht wirksam geworden. Selbstverständlich kann sich jedoch der Empfänger der Willenserklärung nicht darauf berufen, daß er die abgegebene Erklärung nicht vernehmen wollte, sich selbst geflissentlich der Kenntnißnahme entzogen hat, indem er sich die Ohren zugehalten oder einem ihm vorgelegten Schriftstücke gegenüber die Augen geschlossen hat; in solchen Fällen wird die Erklärung trotzdem wirksam.[16]) Befindet sich bei einer Willenserklärung, die einem Anwesenden gegenüber abgegeben wird, dieser in einem vorübergehenden Zustande des § 105 Abs. 2, so kann die Erklärung nicht wirksam werden. War der Empfänger der Willenserklärung geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so gelten dieselben Grundsätze, wie bei den Willenserklärungen unter Abwesenden.[17]) Eine mittels Fernsprechers von Person zu Person abgegebene Erklärung ist als eine Erklärung unter Anwesenden anzusehen, weil das Zugehen und das Vernommenwerden der Erklärung zeitlich zusammenfallen. Wird die Erklärung durch den Fernsprecher nicht dem Erklärungsempfänger selbst, auch nicht dessen Vertreter ab-

[14]) Ueber die Zuständigkeit vergl. ferner §§ 3—5, 7 RZG. Die Voraussetzungen der öffentlichen Zustellung, insbesondere ob die Unkenntniß nicht auf Fahrlässigkeit beruht, hat der Richter von Amtswegen festzustellen. § 12 RZG.

[15]) Die Ansicht Cosacks (I § 59 Anm. 5), daß § 130 auf Erklärungen an Anwesende analog anzuwenden sei, ist nicht zu billigen. Ein „Zugehen" der Erklärung i. S. des § 130 genügt nicht.

[16]) Aber das ist erforderlich, daß die Erklärung in Gegenwart des Empfängers abgegeben worden ist und er sie an sich hätte vernehmen können. Entzieht sich der Erklärungsempfänger in der Art der Entgegennahme einer Erklärung, daß es zu deren Abgabe überhaupt nicht kommen kann, indem er z. B. verreist, sich verleugnen läßt, u. s. w., so ist eine Erklärung nicht abgegeben. Dem Erklärenden bleibt dann nur der Weg des § 130. Vergl. Rehbein S. 122 unter 2.

[17]) Es ist zu beachten, daß sich die Vorschrift des § 131 an sich nur auf Willenserklärungen unter Abwesenden bezieht. Es heißt im § 131: wird „die" Willenserklärung, d. h. diejenige, von welcher im § 130 die Rede war. Wenn das Gesetz jede Willenserklärung bezeichnen will, so sagt es, „eine" Willenserklärung, z. B. §§ 116, 117, 132, 133. Durch den Gebrauch des bestimmten Artikels im § 131 wird der Zusammenhang mit § 130 hergestellt. — Für die Willenserklärungen unter Anwesenden sind die aus der Natur der Sache sich ergebenden Grundsätze maßgebend.

gegeben, so liegt eine Erklärung unter Abwesenden vor, die nach § 130 wirksam wird. Die Uebermittelung einer Erklärung durch Boten ist an sich eine Erklärung unter Abwesenden, jedoch müssen auf die mündliche Bestellung der Botschaft die Grundsätze über Erklärungen unter Anwesenden angewendet werden.

§ 43. Unerlaubter Inhalt des Rechtsgeschäfts.

§ 134. I. Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein Anderes ergiebt.

1. Ein gesetzliches Verbot eines Rechtsgeschäfts liegt zunächst vor, wenn das Rechtsgeschäft mit Strafe bedroht ist, ferner wenn es ausdrücklich für nichtig erklärt (wie in den §§ 248, 310, 312, 443, 476, 723 Abs. 3, 1136 u. s. w.), oder wenn, was gleichbedeutend ist, bestimmt ist, daß es nicht vorgenommen werden kann,[1]) (wie in den §§ 137, 247 Abs. 1 S. 2, 276 Abs. 2, 399, 400, 419 Abs. 3, 1023 Abs. 2, 1059, 1092, 1095, 1153 Abs. 2 u. s. w.) oder daß es unwirksam (wie in den §§ 111 Satz 1, 344, 388, 925 u. s. w.) oder unzulässig (wie in den §§ 180, 1014, 1202 Abs. 2 u. s. w.) ist. Endlich enthalten auch alle diejenigen gesetzlichen Vorschriften, die zwingenden Rechtes sind, zugleich das Verbot, ein dieser Vorschrift widersprechendes Rechtsgeschäft vorzunehmen.[2])

2. Die Nichtigkeit tritt jedoch nicht ein, „wenn sich aus dem Gesetz ein Anderes ergiebt.“ Dies ist nicht nur dann der Fall, wenn das Gesetz ausdrücklich mildere Folgen vorschreibt (z. B. §§ 458, 566, 762), sondern auch, wenn sich aus dem ganzen Inhalte des Gesetzes diese mildere Wirkung als gewollt ergiebt. Besonders zu beachten ist dies bei Strafgesetzen; der Umstand, daß man mit einer Handlung gegen ein Strafgesetz verstößt und Strafe verwirkt, hat nicht nothwendiger Weise die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge. Es wird vielmehr in jedem einzelnen Falle der Grund und die Tragweite des Verbots festzustellen, insbesondere auch zu untersuchen sein, ob das Strafgesetz das Rechtsgeschäft selbst für ein verwerfliches, der öffent-

---

[1]) Wenn das Gesetz sagt, daß etwas nicht geschehen kann (oder, was dasselbe ist, kann nur, oder, wie im § 1059, „ist nicht übertragbar“, d. h. kann nicht übertragen werden), so wird damit die absolute rechtliche Unzulässigkeit, welche Nichtigkeit zur Folge hat, bezeichnet. Auch wenn gesagt ist, daß etwas nicht geschehen darf, liegt ein gesetzliches Verbot vor, welches Nichtigkeit zur Folge hat (wie in §§ 456, 458, 795 Abs. 1, 1309 ff.), wenn sich nicht aus dem Gesetz etwas Anderes ergiebt (wie in § 627 Abs. 2, 671 Abs. 2).

[2]) Z. B. die Vorschriften über die allgemeine Rechtsfähigkeit, das Alter der Volljährigkeit, die Handlungs- und Geschäftsfähigkeit. Ob eine Vorschrift zwingenden Rechtes ist, muß, wo es an einem Ausspruch im Gesetze fehlt, aus dem Zwecke der Vorschrift, dem legislatorischen Grunde festgestellt werden; vgl. oben S. 32 § 8. Ueber den Unterschied, der in dieser Beziehung zwischen dem Rechte der Schuldverhältnisse und dem Sachenrechte besteht, s. oben § 25 Anm. 11. Auch auf dem Gebiete des Familien- und Erbrechts besteht keine allgemeine Vertragsfreiheit. Den Gegensatz zum zwingenden Rechte bildet das dispositive Recht. Den dispositiven Charakter einer Vorschrift kennzeichnet das Gesetz häufig durch den Zusatz: wenn nicht ein Anderes bestimmt (vereinbart) ist. Von der Dispositiv-Vorschrift begrifflich verschieden sind die Auslegungsregeln („im Zweifel“, „soweit nicht ein anderer Wille, etwas Anderes anzunehmen ist“). Eine dispositive Vorschrift gilt kraft Gesetzes, wenn nicht die Parteien die gesetzliche Vorschrift durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung außer Kraft gesetzt haben; eine Auslegungsregel gilt als der präsumtive Wille der Parteien, sie kann nicht Platz greifen, wenn ein anderer Wille der Parteien zu ermitteln ist, zu ihrer Außerkraftsetzung bedarf es keines Rechtsgeschäfts, es genügt vielmehr, daß ein anderer Wille aus den Umständen erhellt. Von erheblicher praktischer Bedeutung ist der Unterschied nicht.

lichen Wohlfahrt und Sittlichkeit widerstreitendes erklären, oder nur einen dabei vorkommenden Nebenumstand treffen wollte.[3])

3. Zu den gesetzlichen Verboten gehören insbesondere die gesetzlichen Veräußerungsverbote. Es sind zu unterscheiden:

a) Die (absoluten) gesetzlichen Veräußerungsverbote, die im öffentlichen Interesse erlassen sind, z. B. die Beschlagnahme auf Grund des § 332 StPO. und des § 93 StGB. (s. § 334, 480 StPO.)[4]), ferner das Verbot der Veräußerung von Handfeuerwaffen, die nicht mit dem vorschriftsmäßigen Prüfungszeichen versehen sind (Ges. v. 19. 5. 1891 betr. die Prüfung der Läufe und Verschlüsse von Handfeuerwaffen)[5]), das Verbot der Veräußerung des Nießbrauchs und der Nutznießung nach den §§ 1059, 1408, 1658. Rechtsgeschäfte, die gegen solche Verbote verstoßen, sind nach § 134 absolut und Jedem gegenüber nichtig. Auch die für den gutgläubigen Erwerb beweglicher Sachen gegebenen Vorschriften können nicht Anwendung finden, da nicht, wie § 932 voraussetzt, ein Mangel im Rechte des Veräußerers vorliegt, sondern die Veräußerung selbst nichtig ist; ebenso ist die Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs diesen Veräußerungsverboten gegenüber ausgeschlossen.

b) Die (relativen) gesetzlichen Veräußerungsverbote, die nur den Schutz einer bestimmten Person bezwecken, z. B. die Eröffnung des Konkurses (§§ 6, 7 KO.), die Anordnung der Nachlaßverwaltung (§ 1984), die Beschränkungen der Ehefrau in Verfügungen über eingebrachtes Gut (§§ 1395—1403; vergl. ferner § 2211)[6]). Diesen stehen nach § 136 die **§§ 135, 136.**

---

[3]) Wenn z. B. der Handelsverkehr am Sonntage mit Strafe bedroht ist, so ist nicht der Abschluß der Geschäfte, sondern der Nebenumstand, daß dieser zu einer verbotenen Zeit erfolgt, der Grund der Strafbarkeit; die Geschäfte bleiben also gültig. Diesen Grundsatz hat das RG. in Entsch. Band 6 S. 169 anerkannt für § 288 StGB. (Veräußerung von Sachen bei drohender Zwangsvollstreckung, um die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln, s. auch RG. Band 18 S. 221). Dasselbe muß angenommen werden bei den Strafvorschriften der §§ 239 ff. insbesondere § 241 KO. Vergl. Endemann I § 9 unter III, und desselben Schrift: die zivilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze, ferner Eccius I § 28 Anm. 20, M. I. S. 210. Ein ferneres Beispiel bieten die sog. pacta de non licitando. Die preuß. Verordnung vom 14. Juli 1797 (gegen verschiedene Mißbräuche bei gerichtlichen und anderen öffentlichen Subhastationen und Versteigerungen), welche alle Verträge, denen die Absicht zu Grunde liegt, bei öffentlichen Versteigerungen Kauflustige vom Bieten zurückzuhalten, für nichtig erklärte, muß, da es sich um eine rein privatrechtliche Vorschrift handelt, durch EG. Art. 55 für aufgehoben angesehen werden. Es bleibt die Bestimmung des § 270 des preuß. StGB. von 1851 (vgl. RG. in StrS. Bd. 10 S. 221 ff.), welche jedoch nur denjenigen für strafbar erklärt, der Andere vom Mitbieten abhält, nicht auch denjenigen, der sich abhalten läßt (RG. Bd. 18 S. 221). Demgemäß kann ein solcher Vertrag nicht schlechthin auf Grund des § 134 für nichtig erklärt werden. Ob er gegen die guten Sitten verstößt und daher unter § 138 fällt, kann nicht allgemein beantwortet werden, sondern ist, wie das RG. in der erwähnten Entscheidung (Bd. 18 S. 222) ausspricht, „nur dann anzunehmen, wenn die besondere Beschaffenheit des einzelnen Falles, sein Anlaß, Inhalt und Zweck ihn zu einem pactum turpe stempelt." Aus einem solchen Vertrage können auch Schadensersatzansprüche nach §§ 823, 826 entstehen. Vergl. Rehbein S. 168.

[4]) Nicht aber die Beschlagnahme auf Grund des § 326 StPO. und des § 140 StGB., welche nur Nichtigkeit der Staatskasse gegenüber begründet, also ein relatives gesetzliches Veräußerungsverbot darstellt.

[5]) Vergl. RG. in Strafsachen Bd. 28 S. 316. Vergl. ferner StGB. § 367 Nr. 9, Ges. vom 9. Juni 1884 gegen den Gebrauch von Sprengstoffen.

[6]) Als ein gesetzliches Veräußerungsverbot ist auch dasjenige anzusehen, welches kraft gesetzlicher Vorschrift Folge eines Rechtsgeschäfts ist, insbesondere die Verfügungsbeschränkung bei schwebender Bedingung nach § 161 (vergl. ferner §§ 163, 2113, 2211). — Auch durch die Rechtshängigkeit wird eine Verfügungsbeschränkung insofern begründet, als die in Streit befangene Sache oder der geltend gemachte Anspruch nur mit

von einem Gericht oder einer anderen Behörde innerhalb ihrer Zuständigkeit erlassenen Veräußerungsverbote gleich. (Beispiele: Veräußerungsverbot in Folge einer einstweiligen Verfügung § 938 Abs. 2 CPO., Pfändung einer Forderung § 829 CPO., Veräußerungsverbot vor der Konkurseröffnung § 106 KO., die Beschlagnahme bei der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen § 23 ZVG.).[7]) Verfügungen, welche gegen derartige Veräußerungsverbote verstoßen, sind nur denjenigen Personen gegenüber, zu deren Schutze sie bestimmt sind, unwirksam (§ 135); unter den Parteien und für jeden Dritten sind sie wirksam. Die Person, deren Schutz das Veräußerungsverbot bezweckt, kann die Unwirksamkeit nicht nur gegen den Verfügenden, sondern auch gegen jeden Dritten geltend machen. Ein unmittelbares Klagerecht gegen den Dritten hat die geschützte Person jedoch nur, wenn ihr durch das Veräußerungsverbot geschütztes Recht ein dingliches ist. Ist es nur ein persönliches, so geht ihr Anspruch nur gegen den, der die verbotswidrige Verfügung vorgenommen hat; ein unmittelbares Klagerecht gegen den dritten Erwerber auf Einräumung des geschützten Rechtes hat sie nicht.[8]) Für Grundstücke besteht die Sondervorschrift des § 888. Soweit derjenige, der Rechte von einem Nichtberechtigten herleitet, geschützt wird (§§ 892, 893, 932, 936), wird auch derjenige geschützt, der sein Recht von Jemandem herleitet, dessen Verfügung ein relatives Veräußerungsverbot entgegenstand (§ 135 Abs. 2).[9]) An die Stelle der Kenntniß des Nichtrechts des Verfügenden tritt die Kenntniß des Bestehens des Veräußerungsverbots.[10]) Für Grundstücke ist dies im § 892 Abs. 1 Satz 2 noch besonders hervorgehoben.[11]) Nicht geschützt ist der Schuldner, der bei einer verbotswidrigen Ab-

---

der Wirkung auf den Erwerber übertragen werden kann, daß das ergehende Urtheil auch gegen ihn wirkt, §§ 265, 325 CPO.

[7]) Jedoch ist es nach dieser Bestimmung dem Schuldner gestattet, auch nach der auf Grund der Anordnung der Zwangsversteigerung eintretenden Beschlagnahme über einzelne bewegliche Sachen, auf welche die Beschlagnahme sich mit erstreckt, innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirthschaft auch mit Wirksamkeit gegen den Gläubiger zu verfügen.

[8]) Z. B.: Auf Antrag des Käufers einer beweglichen Sache ist durch einstweilige Verfügung dem Verkäufer verboten worden, die Sache zu veräußern; er veräußert sie trotzdem an einen Dritten, der das Veräußerungsverbot kennt oder aus grober Fahrlässigkeit nicht kennt. Dann hat der Käufer, obwohl ihm gegenüber diese Veräußerung unwirksam ist, dennoch keinen Anspruch gegen den Dritten auf Herausgabe der Sache, da ihm aus dem Kaufe immer nur ein persönlicher Anspruch gegen den Verkäufer zusteht. Er muß vielmehr folgendermaßen prozedieren: Er muß gegen den Verkäufer auf Uebergabe klagen und wird, da ein Dritter im Besitze der Sache ist, nach § 931 die Klage auf Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe der Sache richten. Dies ist zulässig, da die Veräußerung dem Käufer gegenüber unwirksam war, ihm gegenüber also der Verkäufer noch Eigenthümer ist. Ist das Urtheil rechtskräftig, so gilt nach § 894 CPO. die Abtretung als erfolgt, und damit die Uebergabe als vollzogen. Nunmehr hat der Käufer ein dingliches Recht und kann von dem dritten Erwerber die Herausgabe der Sache verlangen. Siehe Planck Anm. 2 zu § 135, Neumann Anm. 2 zu § 136.

[9]) Bemerkenswerthe Ausnahme im § 1404.

[10]) Die Eintragbarkeit der Verfügungsbeschränkungen in das Grundbuch ergiebt sich aus § 892 Abs. 1 S. 2 (vergl. auch § 894).

[11]) Für den Fall des Konkurses ist im § 7 Abs. 1 KO. vorgeschrieben, daß Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner nach der Eröffnung des Verfahrens vorgenommen hat, den Konkursgläubigern gegenüber nichtig sind, daß aber die Vorschriften der §§ 892, 893 BGB. unberührt bleiben. Hiermit ist ausgesprochen, daß der Schutz der §§ 892, 893 auch demjenigen gewährt wird, der im Vertrauen auf das Grundbuch nach der Konkurseröffnung mit dem Gemeinschuldner sich eingelassen hat. Für den Verkehr mit beweglichen Sachen wird ein ähnlicher Schutz nicht gewährt. In Folge der Anwendbarkeit der §§ 892, 893 sind noch mehrfache Aenderungen der KO. erforderlich geworden: es muß die Konkurseröffnung so schnell als möglich in das Grundbuch eingetragen werden, und

tretung einer Forderung an denjenigen geleistet hat, dem sie abgetreten worden ist,[12]) soweit nicht besondere Vorschriften, wie im § 8 KO., gegeben sind. Verfügungen, die über den Gegenstand im Wege der Zwangsvollstreckung[13]) oder durch Vollziehung eines Arrestes[14]) erfolgt sind, stehen den rechtsgeschäftlichen Verfügungen gleich.[15]) Wenn die geschützte Person zu der Verfügung ihre Einwilligung giebt oder sie genehmigt, so wird sie auch ihr gegenüber voll wirksam.

4. Den gesetzlichen Veräußerungsverboten stehen die durch Rechtsgeschäft begründeten gegenüber. Das BGB. sieht die Verkehrsfähigkeit der Sachen und Rechte als eine im Interesse der öffentlichen Wohlfahrt ihnen beigelegte Eigenschaft an und schreibt in Folge dessen vor, daß die Befugniß zur Verfügung über ein veräußerliches Recht nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden kann.[16]) Die Uebernahme der Verpflichtung, über ein veräußerliches Recht nicht zu verfügen, hat nur obligatorische Wirkung, die trotzdem vorgenommene Verfügung ist wirksam, selbst wenn der Dritte die Uebernahme der Verpflichtung gekannt hat.[17]) § 137.

Zu bemerken ist:

a) Die Vorschrift bezieht sich sowohl auf dingliche (Eigenthum und andere Rechte an der Sache) als auch auf persönliche Rechte;

b) sie setzt aber ein veräußerliches Recht voraus. Soweit einem Rechte in gesetzlich zulässiger Weise die Veräußerlichkeit genommen ist, kommt sie nicht zur Anwendung. Es ist daher besonders zu beachten, daß die §§ 399, 413 gestatten, daß die Abtretung von Forderungen und anderen Rechten (Patent-, Urheber-, Verlagsrecht) durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen werde. Aber nur die Vereinbarung mit dem Schuldner hat eine solche objektive Wirkung; die Verpflichtung, die der Gläubiger einer

---

zwar hat das Konkursgericht das Grundbuchamt von Amtswegen um diese Eintragung zu ersuchen; auch kann der Konkursverwalter sie beantragen (§ 113 KO.). Soweit Rechtshandlungen, die der Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung vorgenommen hat, den Konkursgläubigern gegenüber nicht nichtig sind — weil das Veräußerungsverbot noch nicht in das Grundbuch eingetragen und dem Dritten auch nicht bekannt war —, sind diese Rechtshandlungen anfechtbar (§ 42 KO.).

[12]) A. M. Planck Anm. 5 zu § 135, der auch den § 407 analog anwenden will; man kann jedoch von dem, der die geschuldete Leistung an seinen Gläubiger bewirkt, nicht sagen, er leite ein Recht von seinem Gläubiger her. M. I S. 214.

[13]) Derjenige, dessen Schutz das Veräußerungsverbot bezweckt, kann nach Maßgabe des § 771 CPO. Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung erheben (§ 772 CPO.). Ferner giebt dieser § die instruktionelle Vorschrift, daß der Gegenstand, auf den das Veräußerungsverbot sich bezieht, nicht im Wege der Zwangsvollstreckung veräußert oder überwiesen werden soll; geschieht es dennoch, so richtet sich die Wirksamkeit nach § 135, insbesondere auch Abs. 2.

[14]) Nicht aber Verfügungen durch den Konkursverwalter, weil nach § 13 KO. die Veräußerungsverbote der §§ 135, 136 im Konkurse die Wirksamkeit verlieren, eine vom Konkursverwalter vorgenommene Veräußerung also auch der geschützten Person gegenüber unter allen Umständen wirksam ist. (Vergl. den Fall im RG. Bd. 35 S. 28 ff.) Ausgenommen ist jedoch eine bei der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen bewirkte Beschlagnahme; diese bleibt auch im Konkurse wirksam (§ 13 KO.).

[15]) Verfügungen, die in Gemäßheit des § 894 CPO. als vorgenommen gelten, sind rechtsgeschäftliche. Vergl. Prot. VI S. 129, 130.

[16]) Das ALR. (§§ 17—19 I 4) hatte dagegen in weiterem Umfange gestattet, daß der Eigenthümer einer Sache durch Rechtsgeschäft sich der Befugniß, über die Sache zu verfügen, mit Wirkung gegen Dritte begebe.

[17]) Vergl. jedoch § 1136. Durch eine einstweilige Verfügung kann die Wirkung eines Veräußerungsverbots im Sinne der §§ 135, 136 erreicht werden.

anderen Person, z. B. seinem Gläubiger gegenüber, übernimmt, eine Forderung nicht abzutreten, macht die Forderung nicht zu einer unveräußerlichen. Hat eine solche Vereinbarung zwischen dem Gläubiger und Schuldner stattgefunden, so ist die Forderung unveräußerlich[18]), und es kommen die Vorschriften des § 135 über relative gesetzliche Veräußerungsverbote zur Anwendung, denn ein auf ein Rechtsgeschäft sich gründendes, nach gesetzlicher Vorschrift zulässiges Veräußerungsverbot steht einem gesetzlichen Veräußerungsverbote gleich. Die Abtretung einer solchen Forderung wäre somit dem Schuldner gegenüber unwirksam, und er könnte — abgesehen von dem Falle des § 405 — selbst dem gutgläubigen Erwerber der Forderung diese Unwirksamkeit entgegenhalten.

§ 138. II. Nichtig ist ferner ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt. Hierbei kommt es nicht allein auf den objektiven Inhalt des Rechtsgeschäfts an,[19]) sondern es ist daneben gegebenen Falles die gegen die guten Sitten verstoßende Absicht der Betheiligten in Betracht zu ziehen.

Als ein gegen die guten Sitten verstoßendes und daher nichtiges Geschäft hebt das Gesetz das wucherische hervor. Die Voraussetzungen sind dieselben, wie sie in den § 302a und 302e StGB. für die Strafbarkeit des Wuchers aufgestellt sind, nur daß das im § 302e für den Sachwucher gegebene Erforderniß der Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit fortfällt, so daß der Sachwucher, wenn er auch in Ermangelung dieser Voraussetzung nicht strafbar ist, das Rechtsgeschäft dennoch nichtig macht. — Der Artikel 3 des Wuchergesetzes ist aufgehoben (EG. Art. 47); die zivilrechtlichen Wirkungen des Wuchers richten sich somit lediglich nach dem BGB., und zwar nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 812 ff., 817) und die Schadensersatzpflicht bei unerlaubten Handlungen (§§ 823 ff., insbesondere § 826).

---

[18]) Um zu verhüten, daß auf diese Weise ein Schuldner seine Forderungen dem Zugriffe seiner Gläubiger entziehe, bestimmt § 851 CPO., daß eine solche Forderung trotzdem gepfändet und zur Einziehung überwiesen werden kann, soweit der Gegenstand der Leistung der Pfändung unterliegt.

[19]) Im Gegensatze zu E. I § 106: „dessen Inhalt gegen die guten Sitten verstößt." M. I S. 211, Prot. I S. 124. Vergl. die Entscheidung RG. Bd. 38 S. 199 ff. (Vermiethung eines Hauses zum Bordellbetrieb — Unsittlichkeit des Zweckes). Beispiele für unsittliche Geschäfte, wie sie im ALR. §§ 8—13 I 4 angeführt sind, giebt das BGB. nicht. Die in diesen Bestimmungen des ALR. erwähnten Rechtsgeschäfte können nicht unter allen Umständen als gegen die guten Sitten verstoßend angesehen werden, vielmehr ist in jedem einzelnen Falle zu untersuchen, ob das Rechtsgeschäft (objektiv) einen verwerflichen Inhalt hat oder ob doch wenigstens (subjektiv) ein verwerflicher Zweck erreicht werden soll. Das Abkommen, dem durch eine strafbare Handlung Geschädigten Ersatz zu leisten gegen das Versprechen, von der Anzeige Abstand zu nehmen, ist an sich nicht unsittlich. Wenn Jemandem eine Zuwendung gemacht wird unter der Bedingung, daß er seinen Glauben ändere oder nicht ändere (vergl. KB. S. 28), daß er heirathe oder nicht heirathe, so verstößt an sich die Bedingung nicht gegen die guten Sitten; es muß in jedem einzelnen Falle besonders untersucht werden, ob durch das Rechtsgeschäft in einer unlauteren, gegen die guten Sitten verstoßenden Weise auf den freien Willensentschluß des Anderen eingewirkt werden soll. Ueber das sog. Konkurrenzverbot s. §§ 74, 75, 76 HGB. und § 133 f. Gew.O. (EG. zum HGB. Art. 9 II). Diese Bestimmungen regeln das Konkurrenzverbot mit Rücksicht auf Handlungsgehülfen, Handlungslehrlinge und die im § 133a Gew.O. bezeichneten Angestellten (Betriebsbeamte, Werkmeister, Techniker). Diese Vorschriften können auf andere Fälle (Vereinbarungen mit anderen Angestellten, Vereinbarungen unter selbständigen Gewerbetreibenden u. s. w.) nicht angewendet werden. Vielmehr ist in jedem einzelnen Falle zu untersuchen, inwieweit solche Vereinbarungen dadurch, daß sie die wirthschaftliche Freiheit und Selbständigkeit beschränken oder beseitigen, gegen die guten Sitten und somit gegen § 138 verstoßen. Vergl. RG. Bd. 31 S. 97 ff., Staub Anm. 26—30 zu § 22 HGB.

§ 44. Auslegung der Willenserklärungen.

1. Das BGB. giebt für die Auslegung der Willenserklärungen nur die eine[1]) allgemeine Regel, daß nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften, sondern der wirkliche Wille des Erklärenden zu erforschen ist. Aus dieser Vorschrift ergiebt sich zunächst, daß ein Ausdruck des Willens vorhanden sein muß; der erforschte wirkliche Wille kann nur dann Beachtung finden, wenn er nicht ein bloßer interner Vorgang geblieben, sondern durch eine ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung erkennbar in die Außenwelt getreten ist. Sodann ist zu beachten, daß das, was der Erklärende ausgedrückt hat, zunächst immer das Maßgebende für das bleibt, was er gewollt hat. An dem Ausdrucke haften soll der Richter nicht, aber ebensowenig soll er ihn gänzlich beseitigen. Der erforschte wirkliche Wille kann nur dann beachtet werden, wenn er mit dem vorhandenen Ausdrucke des Willens vereinbar ist, wenn er in der Erklärung zum Ausdrucke gelangt ist.[2]) Dieser Grundsatz muß vor allem für diejenigen Fälle gelten, in denen eine Form für die Willenserklärung vorgeschrieben ist. Ist in der formellen Erklärung des Willens der wirkliche Wille nicht erkennbar zum Ausdrucke gekommen, so kann dieser wirkliche Wille, wenn er auch sonst zum Ausdrucke gelangt ist, schon deshalb nicht beachtet werden, weil die Form nicht gewahrt ist. § 133.

2. Zur Terminologie des BGB. ist hier zu bemerken:

a) wenn das Gesetz vorschreibt, daß eine Thatsache vermuthet wird (z. B. §§ 16 Abs. 2, 18, 484, 891, 921, 938, 1006, 1253, 1362, 1591 Abs. 2 u. s. w.), so gilt sie für erwiesen; es ist jedoch der Beweis des Gegentheils zulässig, der nach § 292 CPO. auch durch Eideszuschiebung geführt werden kann;

b) mit den Worten „gilt als“ (z. B. §§ 108 Abs. 2, 149, 416, 496, 516, 892 u. s. w.) stellt das Gesetz eine Fiktion auf, bei der ein Gegenbeweis nur zulässig ist, wenn das Gesetz es besonders vorschreibt (z. B. § 892).

§ 45. Die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Rechtsgeschäfte.[1])

I. 1. Ist ein Rechtsgeschäft nichtig,[2]) so wird es rechtlich so behandelt, als wäre es überhaupt nicht vorgenommen worden. Diejenigen rechtlichen Wirkungen, die durch das Rechtsgeschäft herbeigeführt

---

[1]) Vergl. ferner § 157 BGB., welcher im Zusammenhange mit § 242 besprochen werden soll, und § 346 HGB.; für letztwillige Verfügungen §§ 2066 ff.

[2]) Anderenfalls handelt es sich um Irrthum, der unter den Voraussetzungen des § 119 zur Anfechtung der Erklärung berechtigt.

[1]) Zur Terminologie ist folgendes zu bemerken: das Gesetz gebraucht den allgemeinen Ausdruck „unwirksam“, um auszudrücken, daß die beabsichtigten rechtlichen Wirkungen eines Rechtsgeschäfts nicht oder nicht im vollem Umfang eintreten. Unwirksam ist also ein nichtiges Rechtsgeschäft, ein anfechtbares, das angefochten ist, ein der Zustimmung bedürftiges, so lange es nicht genehmigt ist. Daneben spricht das Gesetz an einigen Stellen (§§ 122 Abs. 1, 141 Abs. 2, 307, 308 u. s. w.) von der Gültigkeit, womit jedoch nichts anderes, als Wirksamkeit gemeint ist.

[2]) Die Hauptfälle der Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts sind: wegen Geschäftsunfähigkeit (§ 105 Abs. 1), im Falle des § 105 Abs. 2, wegen mangelnder Ernstlichkeit des Willens (§§ 116—118), wegen der Unzulässigkeit des Inhalts der Willenserklärung (§§ 134, 138), wegen Formmangels (§ 125), wegen Unmöglichkeit der Leistung aus einem Vertrage (§ 306).

werden sollten, treten nicht ein,[3]) während andere — nicht beabsichtigte — Folgen, z. B. Schadensersatzpflicht (§§ 122, 307, 309), Ansprüche aus der ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812, 817), entstehen können. Die Folge der Nichtigkeit tritt von selbst ein, ohne daß die Nichtigkeit durch den Richter ausgesprochen[4]) oder — wenigstens in der Regel — im Prozesse von einer Partei geltend gemacht zu werden braucht, was freilich nicht ausschließt, daß beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 256 CPO. eine Klage auf Feststellung, daß ein Rechtsgeschäft nichtig oder nicht nichtig ist, erhoben werden kann.

Die absolute (dingliche) Wirkung der Nichtigkeit zeigt sich insbesondere darin, daß sie von jedem Dritten, der ein rechtliches Interesse daran hat, geltend gemacht werden kann, und daß sie gegen jeden Dritten wirkt, vorbehaltlich der Bestimmungen, die zum Schutze gutgläubiger Erwerber gegeben sind.[5])

§ 139. 2. Die Nichtigkeit eines Theiles eines Rechtsgeschäfts ergreift das ganze Rechtsgeschäft, es sei denn, daß nach der Lage des einzelnen Falles angenommen werden muß, daß das Rechtsgeschäft auch ohne den nichtigen Theil vorgenommen worden wäre.[6]) Die Beweislast trifft den, der die Wirksamkeit des nicht nichtigen Theiles des Rechtsgeschäfts behauptet, weil regelmäßig davon auszugehen ist, daß bei einem Rechtsgeschäfte, welches äußerlich (durch den zeitlichen oder örtlichen Zusammenhang) als ein einheitliches sich darstellt, alle Theile für den Erklärenden von Bedeutung gewesen sind, daß er nur alle Theile des Rechtsgeschäfts, nicht einen Theil ohne den anderen gewollt hat.[7]) Umgekehrt ist die Beweislast geregelt bei Testamenten (§ 2085), während Erbverträge der Regel folgen (§ 2298 Abs. 1 und 3).

§ 140. 3. Der Grundsatz, daß aus einem nichtigen Rechtsgeschäfte die gewollten Rechtsfolgen nicht eintreten können, erfährt eine sehr wesentliche Modifikation durch die sog. Konversion: Wenn das nichtige Rechtsgeschäft sämmtliche Er=

---

[3]) Vergl. § 108 E. I: „Ein nichtiges Rechtsgeschäft wird in Ansehung der gewollten rechtlichen Wirkungen so angesehen, als ob es nicht vorgenommen wäre." Vergl. Prot. I S. 125.

[4]) Anders jedoch bei der Nichtigkeit der Ehe § 1329.

[5]) §§ 892, 932; ferner sind gutgläubige Dritte geschützt durch §§ 171—173, 409, 1344. Unter den Parteien selbst vollzieht sich auch bei Gutgläubigkeit kein Erwerb. Der Dritte aber, der sein Recht von demjenigen herleitet, der durch nichtiges Rechtsgeschäft erworben hat, leitet sein Recht vom Nichtberechtigten her. Er ist also durch die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, geschützt; eines besonderen Ausspruchs (wie im § 142 bei anfechtbaren Geschäften) bedurfte es somit nicht.

[6]) Modifiziert ist dieser Grundsatz im § 265.

[7]) Die Nichtigkeit eines Theiles kann z. B. durch die Nichtbeobachtung der Form herbeigeführt werden. Durch mündlichen Vertrag verkauft A. dem B. Sachen auf Kredit und gleichzeitig übernimmt C. dem A. gegenüber die Bürgschaft für den Kaufpreis. Die Bürgschaft ist nichtig (§ 766), daher ist auch der Kauf nichtig. Theilweise Nichtigkeit im Sinne des § 139 liegt ferner vor, wenn auf einer Seite mehrere Personen vorhanden sind und das Rechtsgeschäft rücksichtlich einer Person nichtig ist. Die Ansicht Rehbein's (S. 193), daß der Fall des § 139 überhaupt nicht vorliege, wenn Mehrere sich als Gesammtschuldner verpflichten, erscheint unbegründet. Hat A. an B. und C. verkauft, und ist der Kauf zwischen A. und B. nichtig, etwa weil B. geschäftsunfähig war, so ist prinzipiell der Kauf auch zwischen A. und C. nichtig. Da ein einheitlicher Vertrag vorliegt, muß davon ausgegangen werden, daß A. nur an B. und C. verkaufen (die Solidarhaft des C. ist bei dessen Vermögensverhältnissen vielleicht für A. werthlos), C. nur zusammen mit B. kaufen wollte (mit Rücksicht auf den ihm gegen B. nach § 426 zustehenden Ausgleichungsanspruch). Nur unter besonderen Umständen könnte die Wirksamkeit des Kaufes zwischen A. und C. angenommen werden. Diese besonderen Umstände hat, wie die Wortfassung des § 139 ergiebt, derjenige zu beweisen, der die Wirksamkeit behauptet. Dasselbe gilt für den Fall der Anfechtung.

fordernisse eines anderen Rechtsgeschäfts aufweist, so gilt dieses andere Rechtsgeschäft, wenn anzunehmen ist, daß dies bei Kenntniß der Nichtigkeit des wirklich vorgenommenen Geschäfts gewollt sein würde (§ 140). Der Erklärende will einen bestimmten, klar erkennbaren Erfolg, z. B. die Einsetzung einer gewissen Person zu seinem Erben, herbeiführen; der Weg, diesen Zweck zu erreichen, ist für ihn von keiner entscheidenden Bedeutung. Ist nun das Rechtsgeschäft, das er zur Herbeiführung des beabsichtigten Erfolges vorgenommen hat, z. B. der Erbeinsetzungsvertrag, nichtig, weil der Erklärende minderjährig ist (§ 2275 Abs. 1), so ist, falls der Erbeinsetzungsvertrag alle Erfordernisse eines Testaments enthält, dieses wirksam, da nach Lage des Falles angenommen werden muß, daß der Erklärende die Geltung des Testaments, wenn er gewußt hätte, daß der Erbeinsetzungsvertrag sich auch als solcher aufrecht erhalten lasse, gewollt hätte. Darauf, ob er dies wirklich gewollt hat oder ob er die vorliegende rechtliche Möglichkeit gar nicht gekannt hat, kommt es nicht an.[8])

4. Ein nichtiges Rechtsgeschäft kann dadurch, daß der Grund der Nichtigkeit später wegfällt, nicht wirksam werden. Daher ist, wenn es von demjenigen, der es vorgenommen hat, bestätigt wird, die Bestätigung als eine erneute Vornahme zu beurtheilen (§ 141 Abs. 1). Die Bestätigung muß also allen Erfordernissen des Rechtsgeschäfts entsprechen[9]) und hat keine rückwirkende Kraft.[10]) Für den Fall der Bestätigung nichtiger Verträge — nicht auch für einseitige Rechtsgeschäfte — stellt jedoch das Gesetz im § 141 Abs. 2 die Auslegungsregel auf, daß die Parteien obligatorisch verpflichtet sind, einander alles so zu gewähren, als ob der Vertrag von Anfang an gültig gewesen wäre. Es entspricht dies ihrem muthmaßlichen Willen, da sie die Bestätigung des alten, nicht den Abschluß eines neuen Vertrags gewählt haben. **§ 141.**

5. Eine besondere Art der Nichtigkeit ist die relative Nichtigkeit, die darin besteht, daß die Willenserklärung nur einer bestimmten Person gegenüber unwirksam ist, während sie sonst nach allen Richtungen volle Wirksamkeit hat. Ein solches Verhältniß liegt vor in den Fällen der §§ 135, 136, ferner §§ 506, 883, 888 u. s. w.; vergl. ferner § 7 KO.

---

[8]) Vergl. Planck zu § 140. RG. Bd. 28 S. 217. Die Vorschrift des § 140 geht noch weiter, als die Ansicht des RG. in dieser Entscheidung, in welcher das Gewicht darauf gelegt ist, daß der Erblasser den nichtigen Erbvertrag als Testament aufrecht erhalten wollte. Nach § 140 kommt es nur darauf an, ob er es gewollt hätte. Hierdurch unterscheidet sich § 140 von dem Falle des § 117 Abs. 2. In letzterem Falle ist das vorgenommene Rechtsgeschäft gar nicht, das verdeckte allein gewollt, bei § 140 ist das vorgenommene allein gewollt, das andere wäre eventuell gewollt worden (vergl. Prot. I S. 127).

[9]) Insbesondere auch dem Formerforderniß. Ist für das Geschäft eine Form nicht vorgeschrieben, so kann die Bestätigung formlos, auch durch konkludente Handlungen erfolgen. — Auf eine andere Weise als durch nochmalige Vornahme (Bestätigung) kann eine Wirksamkeit nicht eintreten. Ein Verzicht darauf, die Nichtigkeit geltend zu machen, ist nur wirksam, wenn er sich als eine Bestätigung im Sinne des Gesetzes darstellt. In einigen Fällen (Grundstücksvertrag § 313, Schenkung § 518, Bürgschaft § 766) wird die Nichtigkeit durch Erfüllung geheilt, ohne daß es darauf ankommt, ob der Erfüllende die Nichtigkeit gekannt hat. Daneben ist von großer Bedeutung die Vorschrift des § 814, nach welcher derjenige, der in Kenntniß der Nichtigkeit erfüllt, die Leistung nicht zurückfordern kann, vorausgesetzt natürlich, daß das Leistungsgeschäft selbst nicht mit einem Mangel behaftet ist, der seine Wirksamkeit beeinträchtigt.

[10]) Ausnahme im § 1325 Abs. 2.

§ 142. II. 1. Ist ein Rechtsgeschäft anfechtbar,[11]) so tritt seine Unwirksamkeit nur ein, wenn derjenige, dem das Gesetz das Anfechtungsrecht giebt, von dem Rechte Gebrauch macht. Thut er dies, so wird das Rechtsgeschäft als von Anfang an nichtig angesehen (§ 142 Abs. 1), so daß alle Wirkungen des Geschäfts von selbst wieder in Wegfall kommen. Ist Eigenthum in anfechtbarer Weise übertragen, so fällt es von selbst auf den Uebertragenden zurück, ohne daß eine bewegliche Sache übergeben, ein Grundstück aufgelassen werden müßte; die Berichtigung des Grundbuchs erfolgt nach § 894. Diese Wirkung der Anfechtung tritt, ebenso wie die der Nichtigkeit, auch gegen Dritte ein, und zwar wird derjenige, der die Anfechtbarkeit kannte oder kennen mußte, falls die Anfechtung demnächst erfolgt, so behandelt, als ob er die Nichtigkeit kannte oder kennen mußte (§ 142 Abs. 2). Der Erwerber kann sich nicht darauf berufen, daß zur Zeit seines Erwerbes die Anfechtung noch nicht erfolgt war, das Geschäft also noch bestand, er somit von einem Berechtigten erworben habe, und die spätere Anfechtung sein einmal erworbenes Recht nicht berühre. Hat er die Thatsachen, welche die Anfechtung zu begründen geeignet waren, gekannt oder kennen müssen, so mußte er mit der Möglichkeit, daß das Rechtsgeschäft angefochten werden könnte, rechnen und hat auf diese Gefahr hin gehandelt. Ist nur ein Theil eines Rechtsgeschäfts anfechtbar, so findet, falls die Anfechtung erfolgt, die Bestimmung des § 139 Anwendung.

§ 143. 2. Die Anfechtung kann durch jede formlose Willenserklärung, unter Umständen sogar stillschweigend[12]), erfolgen. Sie ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, muß also dem Anfechtungsgegner gegenüber erklärt werden, und ist, wenn sie in verbindlicher Weise erklärt ist, unwiderruflich. Welchen Inhalt die Anfechtungserklärung haben müsse, ist im Gesetze nicht vorgeschrieben. Es muß der Wille, an das Rechtsgeschäft nicht gebunden zu sein, zum Ausdrucke gelangen. Die bloße Mittheilung der Thatsache, welche die Anfechtung begründen soll, genügt nicht.[13]) Andererseits müssen die Thatsachen, auf welche die Anfechtung gestützt wird, wenigstens so bezeichnet sein, daß sie eine feste Basis für die weitere Beurtheilung

---

[11]) Die Anfechtbarkeit i. S. des BGB. liegt nur da vor, wo das BGB. ein Rechtsgeschäft für anfechtbar erklärt (wegen Irrthums, arglistiger Täuschung und Zwanges; vergl. ferner § 1332). Die Anfechtung eines Rechtsverhältnisses, z. B. der Ehelichkeit eines Kindes (§ 1593), des Erbschaftserwerbes wegen Erbunwürdigkeit (§ 2339), unterliegt anderen Grundsätzen. Ebenso ist die Anfechtung auf Grund der KO. und des Anfechtungsgesetzes vom $\frac{\text{21. Juli 1879}}{\text{20. Mai 1898}}$ ein anderer Rechtsbegriff, auf den die Vorschriften des BGB. über Anfechtung nicht anwendbar sind. Während die Anfechtung des BGB. das Rechtsgeschäft ex tunc vernichtet und dingliche Wirkung hat, wirkt die konkursrechtliche Anfechtung nur zu Gunsten des Anfechtenden (§ 29 KO., § 1 Anf.Ges.) und begründet nur obligatorische Ansprüche auf Rückgewähr (§ 37 KO., § 7 Anf.Ges.). Vergl. Jäger, Anm. 7 ff. zu § 29 KO. Die Ausübung der konkursrechtlichen Anfechtung erfolgt ebenso wie die des BGB. durch eine Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner.

[12]) Zur Anfechtung der Ehe (§ 1341) und zur Anfechtung der Anerkennung der Ehelichkeit eines Kindes (§ 1599 in Verb. mit 1596 — § 1596 selbst gehört nicht hierher, s. die vorige Anm. —) ist in der Regel eine Anfechtungsklage erforderlich. Die Anfechtung der Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft muß in öffentlich beglaubigter Form — dem Nachlaßgerichte gegenüber — erklärt werden, § 1955; vergl. auch § 1342, §§ 1599, 1597.

[13]) Ein dahingehender in der zweiten Kommission gestellter Antrag ist abgelehnt worden (Prot. I S. 127). Mit Recht. Es kann nicht genügen, wenn der Erklärende dem Gegner nur mittheilt, er habe sich geirrt u. s. w. Dadurch gelangt der Gegner nicht zur Klarheit, ob das Rechtsgeschäft bestehen solle, oder nicht.

zu bilden geeignet sind.[14]) Anfechtungsgegner ist bei Verträgen der andere Theil,[15]) bei empfangsbedürftigen einseitigen Rechtsgeschäften derjenige, dem gegenüber es vorzunehmen war und zwar auch dann, wenn der Erklärende die Wahl hatte, das Rechtsgeschäft auch einer Behörde gegenüber vorzunehmen und er letzteres gethan hatte. Bei nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen ist Anfechtungsgegner Jeder, der auf Grund des Rechtsgeschäfts unmittelbar einen Vortheil erlangt hat; war die Willenserklärung einer Behörde gegenüber abzugeben, so kann die Anfechtung auch der Behörde gegenüber erfolgen, welche sie dem durch das Rechtsgeschäft unmittelbar Betroffenen mittheilen soll. (§ 143).

§ 144.

3. Eine andere Bedeutung als bei dem nichtigen Rechtsgeschäfte hat bei dem anfechtbaren[16]) die Bestätigung (§ 144 Abs. 1). Während es sich dort darum handelt, das Rechtsgeschäft nun erst in wirksamer Weise vorzunehmen, hat hier die Bestätigung nur die Bedeutung, daß man sein Anfechtungsrecht nicht ausüben, daß man dem Rechtsgeschäfte seine Wirksamkeit nicht rauben wolle. Dieser Verzicht auf das Anfechtungsrecht kann in jeder beliebigen Weise, insbesondere auch durch Erfüllung des Rechtsgeschäfts erklärt werden, und bedarf somit auch in Fällen, wo für das Rechtsgeschäft eine Form bestimmt ist, nicht dieser Form (§ 144 Abs. 2); jedoch ist die Bestätigung empfangsbedürftig.[17]) Das Anfechtungsrecht geht ferner verloren, wenn es in der im Gesetze vorgeschriebenen Frist nicht ausgeübt wird. Es ist zwar, da es kein Anspruch ist, der Verjährung nicht unterworfen, aber regelmäßig an eine kurze Präklusivfrist gebunden (vergl. §§ 121, 124, 318, 1339).

§ 46. Vertrag.

I. Eine Begriffsbestimmmung des Vertrags enthält das BGB. nicht. Vertrag ist die durch Antrag und Annahme sich vollziehende Willenseinigung mehrerer sich gegenüber stehender Parteien zur Bestimmung eines Rechtsverhältnisses.

Das BGB. kennt Verträge nicht nur auf dem Gebiete der Schuldverhältnisse, sondern auch im Sachen-,[1]) Familien- und Erbrechte[2]). Die Vor-

[14]) Es kann nicht genügen, wenn der Anfechtende dem Gegner nur mittheilt, er habe sich geirrt, sei getäuscht worden und fechte deshalb das Geschäft an. Er muß angeben, worin der Irrthum, die Täuschung besteht.

[15]) Und zwar auch dann, wenn dieser inzwischen sein Recht auf einen Anderen übertragen haben sollte. Will z. B. der Käufer einen Kauf wegen Irrthums anfechten, so hat er es seinem Verkäufer auch dann zu erklären, wenn dieser den Anspruch auf den Kaufpreis einem Dritten abgetreten hat. Die Erklärung dem Dritten gegenüber wäre wirkungslos.

[16]) Man muß unterscheiden: die Bestätigung eines angefochtenen Geschäfts und eines anfechtbaren Geschäfts. Ist die Anfechtung einmal erklärt, so ist das Geschäft nichtig und es kann eine Bestätigung nur noch im Sinne des § 141 erfolgen. Der § 144 bezieht sich nur auf die Bestätigung eines zwar anfechtbaren, aber noch nicht angefochtenen Geschäfts.

[17]) Dagegen Prot. I S. 134 und Planck Anm. zu § 144; jedoch wird man mindestens verlangen müssen, daß die Erklärung oder die Bethätigung des Willens, das Rechtsgeschäft nicht anfechten zu wollen, so erfolgt ist, daß sie zur Kenntniß des Anfechtungsgegners zu kommen bestimmt und geeignet ist. Die Erklärung in einem Selbstgespräch oder in einer nur für den Erklärenden bestimmten Aufzeichnung oder in Gegenwart einer unbetheiligten Person wird man nicht für eine wirksame Bestätigung erachten können. Vergl. Rehbein S. 202 unter 7b, Hölder Anm. 2 zu § 144.

[1]) Die Vertragsnatur des zur Begründung, Aenderung, Belastung und Uebertragung eines dinglichen Rechtes erforderlichen Rechtsgeschäfts ist außer Zweifel, wenn es auch vom Gesetze nicht ausdrücklich als Vertrag bezeichnet wird (vergl. E. I §§ 828, 874, 1147 und andere mehr. M. III S. 6 ff., Prot. III S. 56 ff.)

[2]) Vergl. §§ 1432, 2274.

schriften, welche das BGB. in seinem allgemeinen Theile über Rechtsgeschäfte giebt, insbesondere auch die Vorschriften über den Vertrag (§ 145 ff.), gelten demnach nicht nur für obligatorische Verträge, sondern für Verträge jeder Art, insoweit sich nicht ihre Unanwendbarkeit aus den Vorschriften des Sachen-, Familien- oder Erbrechts ergiebt[3]).

II. Der Vertrag wird geschlossen[4]) durch Annahme des Vertragsantrags.[5]) Antrag und Annahme sind Rechtsgeschäfte, und zwar ist der Antrag stets, die Annahme in der Regel[6]) eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Antrag und Annahme schließen sich zu einem selbständigen Rechtsgeschäfte, dem Vertrage, zusammen[7]). Als Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gilt der Augenblick, in dem die Annahmeerklärung dem Antragenden gegenüber[8]) wirksam abgegeben ist, also der Zeitpunkt, in dem sie dem abwesenden Antragenden zugeht (§ 130), oder in dem sie der Anwesende vernimmt[9]). Eine Zurückbeziehung auf die Zeit, in welcher der Annehmende alles gethan hatte, was seinerseits zur Bekanntmachung der Erklärung an den Antragenden erforderlich war, findet nicht statt[10]).

III. Im Einzelnen ist über Antrag und Annahme zu bemerken:[11]).

1. Ein Vertragsantrag ist eine Willenserklärung, bei der

a) der Wille des Erklärenden dahin geht, daß mit der Zustimmung des Anderen der Vertrag zu Stande kommen soll,

b) die Erklärung selbst derart beschaffen ist, daß mit dieser Zustimmung der Vertrag zu Stande kommt.

---

[3]) Wenn also im Folgenden hauptsächlich nur von obligatorischen Verträgen die Rede ist, so gelten doch die gleichen Grundsätze, soweit es sich um Vorschriften des allgemeinen Theiles handelt, auch für Verträge anderer Art.

[4]) Die Vorschriften des BGB. über die Schließung eines Vertrags gelten auch für das Gebiet des Handelsrechts. Das neue HGB. enthält hierüber keine besonderen Bestimmungen; die Vorschriften des BGB. schließen sich an die des alten HGB. an.

[5]) Einer nochmaligen Bestätigung der Annahme durch den Antragenden bedarf es nicht (vergl. § 82 I, 5 ALR.) —

[6]) Siehe unten unter III, 2, a. S. 187.

[7]) Antrag und Annahme sind nach der Auffassung des BGB. an sich selbständige einseitige Rechtsgeschäfte. Dies kann mit Fug nicht geleugnet werden, wie dies Endemann I § 68, I, § 69 Anm. 1 und S. 285, Riedel I S. 314, Leonhard § 72 S. 290 Anm. 2 thun. Daß der Vertrag eine Einheit ist und nicht aus zwei selbständigen Rechtsgeschäften besteht, beweist nichts dagegen, daß er aus zwei Rechtsgeschäften entsteht. Diese verlieren mit dem Augenblicke des Vertragschlusses ihre selbständige Bedeutung und schließen sich zu einem Rechtsgeschäfte, dem Vertrage, zusammen. Demgemäß findet z. B. auf Antrag und Annahme als solche § 111, sobald jedoch durch sie ein Vertrag geschlossen ist, auf diesen § 108 Anwendung. Danach ist also die Ablehnung eines nach § 131 wirksamen Antrags durch einen Minderjährigen nach § 111 unwirksam; sein gesetzlicher Vertreter kann den Antrag innerhalb der gesetzlichen oder bestimmten Frist noch annehmen. Nimmt dagegen der Minderjährige den Antrag an, so ist der Vertrag nicht unwirksam, sondern seine Wirksamkeit nur gemäß § 108 von der Genehmigung des Vertreters abhängig. Ebenso Cosack I § 55 II, 4, vergl. auch Crome § 89 S. 395.

[8]) Zwei Ausnahmen von dieser Regel siehe unten unter III, 2, a. S. 187.

[9]) Näheres siehe oben S. 170 ff., 173.

[10]) Anders nach § 102 I, 5 ALR, Art. 321 HGB.

[11]) Im einzelnen Falle kann es schwer erkennbar sein, welche Erklärung sich als Antrag, welche als Annahme darstellt (Vergl. hierzu Hölder Anm. 1 zu § 145), so wenn beide Erklärungen zeitlich zusammenfallen. Abgesehen von diesen Ausnahmefällen ist stets die frühere Erklärung der Antrag, die spätere die Annahme. Niemals kann, wie Endemann I § 69 S. 285 meint, die Annahme dem Antrage vorausgehen (vergl. auch Leonhard § 69 S. 263 Anm. 1). Wer zuerst durch seine Erklärung den Vertragschluß anbietet, ist der Antragsteller. (So zutreffend Crome I § 89 S. 396, vergl. Regelsberger Pand. I § 150 Anm. 4). Auf die Form der Erklärung kommt es dabei nicht an.

Liegen diese beide Voraussetzungen vor, so ist der Antrag wirksam, d. h. er ist geeignet, die vom Antragsteller gewollte Rechtswirkung zu erzeugen, nämlich in Verbindung mit der Annahme seitens des anderen Theiles den Vertragschluß zu bewirken. Fehlt eine dieser Voraussetzungen, so liegt ein wirksamer Antrag nicht vor.

Zu a. Die erste Voraussetzung fehlt in der Regel bei der Versendung oder sonstigen Bekanntmachung von Preislisten, Tarifen u. dgl. mit Anerbietungen zum Kaufen oder Verkaufen, Miethen oder Vermiethen, Ankündigungen von Transportgelegenheiten, Kunstgenüssen u. s. w.[12]) Hier geht regelmäßig die Absicht des Erklärenden nicht auf einen Vertragsantrag, sondern nur auf die Aufforderung zu Vertragsanträgen[13]). Das Gleiche ist bei Versteigerungen in Bezug auf das Ausgebot der Fall. Auch dieses enthält nur eine Aufforderung zum Gebote, das seinerseits erst den Vertragsantrag darstellt (vergl. § 156). Endlich ergeben Ausdrücke wie „freibleibend", „ohne Verbindlichkeit" oder dgl., daß nach dem Willen des Erklärenden der Vertrag nicht schon mit der Zustimmung des Anderen zu Stande kommen, sondern die nochmalige Genehmigung des Antragenden vorbehalten bleiben soll. Auch hier liegt also ein wirksamer Antrag nicht vor. Erst die „Zustimmung" des Anderen bildet einen Antrag, der seinerseits der Annahme bedarf.

Zu b. Die zweite Voraussetzung fehlt, wenn die Erklärung nicht alle wesentlichen Bestandtheile des in Aussicht genommenen Vertrags enthält.[14])

Für den Zeitpunkt, in dem der Antrag wirksam wird, gelten die allgemeinen Vorschriften über Willenserklärungen.[15]) Danach wird der Antrag an einen Abwesenden nicht wirksam, wenn ihm vor oder gleichzeitig mit dem Antrag ein Widerruf zugeht (§ 130 Abs. 1). **§ 145.**

Ist der Antrag wirksam, so ist der Antragende auch an ihn, so lange seine Wirksamkeit dauert (§ 146), gebunden, d. h. er kann ihn nicht widerrufen,[16]) es

---

[12]) Vergl. HGB. Art. 337.

[13]) In der Versendung von Zirkularen kann auch ein wirksamer Antrag liegen. Dies war z. B. bei den vor Erlaß des Börsengesetzes üblichen gedruckten „Anstellungen" der Börsen-Kommissionäre in der Regel der Fall. — Ein wirksamer Antrag und zwar an unbestimmte Personen liegt auch in der Aufstellung eines Automaten. Endemann I § 64 II, Riedel I S. 345.

[14]) „Ich offeriere Ihnen guten, gesunden, trockenen Weizen, lieferbar innerhalb eines Monats bahnfrei Berlin, zum Preise von 160 Mark per 1000 Kilo, Kasse gegen Duplikat-Frachtbrief", ist kein wirksamer Antrag, weil die Angabe der Menge fehlt und deshalb durch bloße Zustimmung zu diesem Antrag ein Vertrag nicht zu Stande kommen kann (HGB. Art. 337).

[15]) Siehe oben S. 170 ff.

[16]) Der Unterschied zwischen wirksamen und bindenden Rechtsgeschäften (siehe hierüber oben S. 107 Anm. 14) wird vielfach verkannt (vergl. z. B. Staub Exkurs zu § 361 HGB. Anm. 12, Gareis Anm. 4 zu § 145, Anm. 1 zu § 146, Rehbein Anm. II, 2 zu §§ 145 ff. S. 209, Anm. 3 S. 210, Leske I S. 85). Ein wirksames Rechtsgeschäft ist dasjenige, welches geeignet ist, die von dem Erklärenden gewollte Wirkung zu erzeugen, ein bindendes dasjenige, an welches der Erklärende gebunden ist, bei dem der Eintritt der bei der Erklärung gewollten Wirkung von dem Willen des Erklärenden nicht mehr abhängig ist, das er nicht mehr widerrufen kann. Wirksamkeit und Gebundenheit sind verschiedene Begriffe. Ein Rechtsgeschäft kann wirksam sein, auch wenn es nicht bindend ist, d. h. die Frage, ob es die gewollte Wirkung erzeugen kann, ist ganz unabhängig davon, ob der Erklärende das Geschäft widerrufen kann oder nicht. Die Einigung, welche der im § 873 Abs. 2 vorgeschriebenen Form entbehrt, ist wirksam, sie ist geeignet, in Verbindung mit der Eintragung die Rechtsänderung zu bewirken, obwohl sie vor der Eintragung nicht bindend ist, d. h. jederzeit widerrufen werden kann. Ebenso verhält es sich mit dem Antrag, in Ansehung dessen die Gebundenheit ausgeschlossen ist. Er ist wirksam, er bringt in Verbindung mit der Annahme den Vertrag zu Stande, aber er ist nicht bindend, er kann, so

sei denn, daß er die Gebundenheit durch Erklärung vor oder bei Stellung des Antrags ausgeschlossen hat (§ 145).[17]) Ist dies geschehen, so kann der Antrag auch innerhalb der für seine Wirksamkeit bestimmten Frist (§§ 147—149) nur angenommen werden, solange er nicht von dem Antragenden widerrufen ist. Ist dagegen die Gebundenheit nicht ausgeschlossen, so kann die Annahme während der Frist erfolgen, ohne daß der Antragende zum Widerrufe berechtigt wäre. Wenn der Antrag wegen Mangels irgend einer Voraussetzung garnicht wirksam ist, so kann durch seine Annahme ein Vertrag nicht zu Stande kommen, auch wenn er nicht besonders widerrufen ist.[18])

---

lange die Annahme nicht erklärt ist, jederzeit widerrufen werden. Die oben genannten Schriftsteller gehen bei Auslegung des § 145 von einer falschen Auffassung des Begriffs Gebundenheit aus. Sie erachten Wirksamkeit und Gebundenheit für gleichbedeutend und demgemäß einen nicht bindenden für einen unwirksamen, der Annahme nicht fähigen Antrag. Folgerichtig erklärt denn auch Staub a. a. O. die Vorschrift des § 145, daß ein Vertrag nicht wirksam, nicht ein Vertrag im Sinne des Gesetzes sei, wenn die Gebundenheit, das heiße die Wirksamkeit, ausgeschlossen sei, für etwas selbstverständliches. Dagegen ist zu bemerken: 1. Wirksamkeit und Gebundenheit sind nach dem allgemeinen Sprachgebrauche nicht gleichbedeutend. Daß sie auch im Sinne des BGB. eine verschiedene und zwar die oben dargelegte Bedeutung haben, ergiebt deutlich die Vorschrift des § 873 Abs. 2. 2. Daß der Gesetzgeber eine Bestimmung treffen wollte des Inhalts, „ein Antrag ist ein Antrag, es sei denn, daß der Antragende erklärt hat, es solle kein Antrag sein", ist nicht anzunehmen. Die Protokolle der zweiten Kommission ergeben denn auch klar, daß eine solche Selbstverständlichkeit nicht der Inhalt des § 145 sein sollte, daß man sich vielmehr des Unterschieds zwischen Wirksamkeit und Gebundenheit völlig bewußt war und diesen Unterschied gerade durch die Abänderung des E I (§§ 80, 81) deutlich zum Ausdrucke bringen wollte (Prot. I S. 76). 3. Die Gegner der hier vertretenen Ansicht übersehen völlig den Ausgangspunkt für die Vorschrift des § 145, nämlich die Lehre des gemeinen Rechtes, daß der Vertragsantrag nicht bindend sei, sondern bis zur erfolgten Annahme widerrufen werden könne (vergl. Windscheid Pand. 8. Aufl. II § 307 Anm. 7a, Dernburg Pand. 5. Aufl. § 11 Anm. 14, Regelsberger Pand. § 150 Anm. 12). Im Gegensatze hierzu, aber in Uebereinstimmung mit dem HGB. Art. 319 und dem ALR. I, 5 §§ 90 ff., bestimmt der § 145, daß der Antragende an den Antrag gebunden sei (vergl. M. I S. 164 ff., auch Dernburg BR. I § 107). Das Wesentliche an der Bestimmung des § 145 ist demgemäß nicht, wie Staub a. a. O. annimmt, daß der Antrag nicht bindet, wenn die Gebundenheit ausgeschlossen ist. Das ist in der That selbstverständlich. Die eigentliche Bedeutung des § 145 besteht darin, daß er im Gegensatze zum gemeinen Rechte bestimmt: Wer einem Anderen die Schließung eines Vertrags anträgt, ist an den Antrag gebunden, er kann ihn nicht widerrufen. Hat denn nun im gemeinen Rechte irgend Jemand angenommen, daß der Vertragsantrag, der grundsätzlich hier nicht bindend war, auch nicht wirksam sei? Dann hätte nach gemeinem Rechte niemals ein Vertrag zu Stande kommen können. Denn wenn der nicht bindende Antrag auch nicht wirksam war, so konnte die Annahme den Vertragschluß nicht bewirken. Sie stellte dann erst den Vertragsantrag dar, war aber dann gleichfalls nicht bindend, also nicht wirksam, sodaß auch sie der Annahme nicht fähig war und so fort. — Der Unterschied zwischen Wirksamkeit des Antrags und Gebundenheit an den Antrag wird anerkannt z. B. von Planck Anm. 3 zu § 145, Endemann I § 69 I, 1, Cosack I § 58, 2, b, Kuhlenbeck Anm. 1 zu § 146, Fischer-Henle Anm. 5 zu § 145, Anm. 1 zu § 146, Bendix S. 121.

[17]) Die Ausdrücke „freibleibend", „ohne Verbindlichkeit" und ähnliche schließen nicht nur die Gebundenheit (wie Riedel S. 343 annimmt), sondern die Wirksamkeit des Antrags aus. Cosack I § 58, 2b, siehe auch im Texte zu a.

[18]) A. in Hannover bietet dem B. in Berlin durch ein am 20. 4. Morgens dort anlangendes Schreiben 10 Pferde zum Preise von je 500 Mk. zum Kaufe an. Dann ist A. an diesen Antrag gebunden. Durch die am Morgen des 21. 4. bei ihm eingehende Annahmeerklärung des B. kommt der Vertrag zu Stande, obwohl A. am Nachmittage des 20. seinen Antrag telegraphisch widerrufen hatte. — A. hatte dem B. die Pferde zum Kaufe angeboten, jedoch dabei bemerkt, daß er an das Angebot nicht gebunden sein wolle. Dann kann B. den Antrag nicht mehr annehmen, wenn er am 20. Nachmittags ein Telegramm des A. erhält, durch das er den Antrag widerruft. Ist jedoch ein solcher Widerruf nicht erfolgt, so ist der Kauf durch die am 21. 4. bei A. eintreffende Annahme des B. abgeschlossen. — Schreibt A. dem B., er offeriere ihm gute dänische Pferde, so liegt ein wirk-

Die Wirksamkeit des Antrags hört auf, wenn er dem Antragenden gegenüber abgelehnt oder nicht rechtzeitig angenommen wird (§ 146). Hier erlischt also der Antrag selbst, nicht nur die Gebundenheit, sodaß er auch ohne Widerruf einer Annahme nicht mehr fähig ist.[19])

2. Annahme ist die Willenserklärung, durch die der Antragsempfänger dem Antrage zustimmt. Ueber den Zeitpunkt der Wirksamkeit der Annahme, insbesondere auch über den Widerruf[20]), gilt das in Ansehung des Antrags Gesagte. Bei Versteigerungen stellt, da das Gebot den Antrag bildet, erst der Zuschlag die Annahme dar. Erst mit diesem ist also der Vertrag zu Stande gekommen (§ 156 Satz 1). § 156 S. 1.

Eine Annahme ist wirksam, wenn sie dem Antragenden gegenüber rechtzeitig erklärt wird und sich inhaltlich mit dem Antrage deckt.

a. Sie muß dem Antragenden gegenüber erklärt werden, da sie eine empfangsbedürftige Willenserklärung ist.[21]) Von dieser Regel kennt das Gesetz zwei Ausnahmen, nämlich: §§ 151, 152.

α. wenn eine Erklärung gegenüber dem Antragenden nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf sie verzichtet hat (§ 151), und

β. wenn ein Vertrag auf Grund gesetzlicher Vorschrift oder rechtsgeschäftlicher Bestimmung gerichtlich oder notariell beurkundet wird, ohne daß beide Theile gleichzeitig anwesend sind, falls nicht ein Anderes bestimmt ist (§ 152).

In diesen beiden Fällen ist die Annahme eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung, d. h. es bedarf wohl der Annahme, aber nicht der Erkärung der Annahme gegenüber dem Antragenden.[22]) Der Vertrag kommt mit der Annahme zu Stande, welche im Falle *α* regelmäßig eine stillschweigende sein wird,[23]) im Falle *β* nur eine ausdrückliche sein kann.[24])

---

samer Antrag nicht vor, weil die Angabe der Zahl und des Preises fehlt. Antwortet B., er nehme 10 Stück zum Preise von je 500 Mk., so kommt damit ein Vertrag noch nicht zu Stande. Diese Antwort bildet erst den Vertragsantrag, welcher der Annahme des A. bedarf.

[19]) Siehe unten im Texte unter 2b. S. 188

[20]) Vergl. HGB. Art. 320 Abs. 2.

[21]) Die Annahme kann, wie in der Regel jede Willenserklärung, ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen (siehe oben S. 170) und zwar auch gegenüber einem Abwesenden. A. M. Planck Anm. 1 zu § 151, vergl. auch Anm. 23 a. E.

[22]) Irrig ist es, zwischen Annahme, Annahmeerklärung und Erklärung der Annahme gegenüber dem Antragenden zu unterscheiden (so Riedel I S. 349—351). Die beiden Ersteren sind gleichbedeutend: die Annahme ist eine Willenserklärung, sie bedarf also stets einer (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Erklärung. Eine solche ist sowohl im Falle *α* wie im Falle *β* des Textes erforderlich; nicht erforderlich ist in beiden Fällen nur die Erklärung der Annahme gegenüber dem Antragenden. — Einer Annahme bedarf es nicht im Falle des § 566 Abs. 2 S. 2, vergl. auch §§ 416 Abs. 1, 496 S. 2, HGB. § 362.

[23]) Im Falle *α* ist also Voraussetzung, daß die Erklärung gegenüber dem Antragenden nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten oder durch den Antragenden erlassen ist. Liegt diese Voraussetzung vor, so genügt zum Zustandekommen des Vertrags nicht etwa bloßes Stillschweigen (anders HGB. § 362, vergl. HGB. Art. 323), sondern es muß eine Annahme des Antrags hinzukommen. — Wenn ein Konzertunternehmer Jemandem ein Konzert-Billet übersendet mit dem Bemerken, er werde annehmen, daß der Empfänger das Billet behalte, falls nicht binnen einer Woche Rücksendung erfolge, so hat er zwar auf eine Mittheilung der Annahme verzichtet, der Vertrag kommt aber trotzdem in Ermangelung einer Annahme nicht zu Stande, wenn der Empfänger das Billet unbenutzt liegen läßt. Besucht er dagegen das Konzert oder verschenkt er das Billet, so liegt hierin eine stillschweigende Annahme, mit welcher der Vertrag zu Stande kommt. — Beim Verkaufsautomaten kommt der Vertrag mit dem Einwurfe des Geldstücks zu Stande, der eine stillschweigende Annahme des in der Aufstellung des Automaten liegenden stillschweigenden Vertragsantrags enthält. Eine Mittheilung von der Annahme darf der Aufsteller des Automaten nach der Verkehrssitte nicht erwarten, auch ist anzunehmen, daß er auf eine solche verzichtet hat. — Ein weiterer häufig vorkommender Fall, in dem die Verkehrssitte die Antwort erläßt, ist die

Ob oder wann der Antragende von der Annahme etwas erfährt, ist für die Frage des Zustandekommens des Vertrags in diesen Fällen gleichgültig. Insbesondere bedarf es also auch im Falle β nicht der Aushändigung der Urkunde an den Antragenden, der Vertrag ist vielmehr mit dem Augenblicke der Beurkundung der Annahme geschlossen, falls die Parteien nicht etwas Anderes vereinbart haben (§ 152).[25])

b) Die Annahme muß rechtzeitig erfolgen.

In Ansehung der Rechtzeitigkeit gilt folgendes:

§ 147 Abs. 1. α) Der einem Anwesenden gemachte Antrag kann nur sofort[26]) angenommen werden. Einem Anwesenden gemacht ist auch der mittelst Fernsprechers von Person zu Person gemachte Antrag (§ 147 Abs. 1).[27]) Ob die Annahme eine sofortige ist, ist nach Lage des einzelnen Falles zu entscheiden. § 156 S. 2. Eine Sonderbestimmung ist für Versteigerungen gegeben. Hier kann die Annahme erfolgen, bis ein Uebergebot abgegeben oder, in Ermangelung eines solchen, bis die Versteigerung geschlossen wird. Ist bis dahin der Zuschlag nicht ertheilt, so erlischt das Gebot (§ 156 Satz 2).[28])

Bestellung eines Zimmers in einem Gasthause. Der Vertrag ist geschlossen, wenn der Wirth das Zimmer für den betreffenden Tag dem Besteller freihält. — In den Fällen des § 151 ist der Antragsempfänger natürlich nicht gehindert, die Annahme gegenüber dem Antragenden zu erklären. Thut er dies vor der Annahmehandlung, so ist der Vertrag schon mit der Erklärung an den Antragenden geschlossen. — Von den häufig als Beispiel zu § 151 angeführten Fällen gehören nicht hierher der Auftrag an den befreundeten oder sich anbietenden Bankier zur Ausführung eines Börsenauftrags, welcher dem § 362 HGB. unterliegt, sowie in der Regel Bestellungen auf sofortige Lieferung an den Besteller. Letztere sind vielmehr ein Beispiel für die stillschweigende Annahmeerklärung an den Antragenden, welche in der sofortigen Lieferung liegt. (Ebenso E. I § 86 Abs. 2 und Abs. 4, Prot. I S. 81 ff. 85, Cosack I § 59 III, 3b S. 182, Leonhard § 72, IV S. 293). Der Vertrag kommt hier erst zu Stande, wenn die bestellte Waare dem Besteller zugeht (vergl. dagegen Planck Anm. 4 zu § 151, Rehbein Anm. II, 4 b zu § 145 ff. S. 218).

[24]) Eine gerichtlich oder notariell beurkundete Annahme (§ 152) kann niemals eine stillschweigende (Riedel I S. 364), sondern nur eine ausdrückliche sein (vergl. oben S. 170). — Daß im Falle des § 152 auch der Antrag nicht empfangsbedürftig ist (so Leonhard § 72 V), bestimmt das Gesetz nicht.

[25]) Eine entgegengesetzte Vereinbarung (z. B. die Annahme soll nur wirksam sein, wenn sie in gerichtlicher oder notarieller Urkunde dem Antragenden bis zu einem gewissen Zeitpunkte zugeht) empfiehlt sich, weil anderen Falles der Antragende Gefahr läuft, längere Zeit über das Zustandekommen des Vertrags im Ungewissen zu bleiben.

[26]) „Sofort" nicht „unverzüglich" (§ 121). Es kommt nicht darauf an, ob das Zögern ein schuldhaftes ist oder nicht.

[27]) Nach § 147 Abs. 1 S. 2 gilt für den telephonischen Verkehr nichts anderes als für jeden anderen mündlichen Verkehr. Wenn A. dem anwesenden B. mündlich einen Vertragsantrag macht, kann B. ihn nur sofort annehmen. Dasselbe gilt, wenn A. den Antrag mündlich dem anwesenden Bevollmächtigten des B. macht. Macht er ihn dagegen dem nicht bevollmächtigten Dienstmädchen des B. zur Uebermittelung an diesen, so ist der Antrag nicht einem Anwesenden, sondern einem Abwesenden gemacht. Genau so verhält es sich bei einem durch den Fernsprecher gemachten Antrage, je nachdem B. selbst, ein Bevollmächtigter oder eine nicht bevollmächtigte Person am Fernsprecher ist. In den beiden ersten Fällen ist der Antrag von Person zu Person, unter Anwesenden, gemacht, im letzteren Falle einem Abwesenden (vergl. Staub, Exkurs zu § 361 HGB. Anm. 25). Gleiches gilt auch für andere Erklärungen mittelst Fernsprechers, insbesondere auch die Annahmeerklärung. Ist nicht der Antragende selbst oder ein Bevollmächtigter am Fernsprecher, sondern eine dritte Person, so ist die Annahmeerklärung in Abwesenheit des Antragenden abgegeben. Sie wird dann nach § 130 Abs. 1 mit der Erklärung an die am Fernsprecher befindliche Person wirksam, da sie dem Antragenden in diesem Zeitpunkte zugeht (siehe oben S. 170 unter a). So zutreffend Hölder in der DJZ. 1901 Nr. 7 S. 157 gegen Koppers ebenda Nr. 5 S. 112. Wird durch einen Zufall oder durch eine Böswilligkeit des Antragenden die telephonische Annahme verhindert (Koppers a. a. O.), so kann der Vertrag nicht zu Stande kommen.

[28]) Die Vorschriften des § 156 (siehe S. 185 zu a, S. 187 unter 2) finden auch bei Zwangsversteigerungen Anwendung (CPO. § 817 Abs. 1, ZVG. § 72).

β) Der einem Abwesenden gemachte Antrag — mag sich der Abwesende an demselben oder an einem anderen Orte aufhalten als der Antragende — kann nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, in dem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf (§ 147 Abs. 2). Der Antragende kann hiernach bei Berechnung der gesetzlichen Annahmefrist auf ein ordnungsmäßiges Funktionieren der Verkehrsmittel rechnen. Er kann davon ausgehen, daß sein Antrag rechtzeitig angelangt, sowie daß die Antwort unter Berücksichtigung einer angemessenen Ueberlegungsfrist rechtzeitig abgesandt und ungestört befördert ist.[29]) **§ 147 Abs. 2.**

Unter „regelmäßigen" Umständen darf auch der Antragende erwarten, daß der Antragsempfänger ein entsprechendes Beförderungsmittel für die Annahmeerklärung wählt, daß z. B. auf einen telegraphischen Antrag eine telegraphische Annahme, auf einen durch besonderen Boten übermittelten Antrag eine durch diesen Boten übermittelte Annahme erfolgt[30]). Im übrigen ist nach Lage des einzelnen Falles zu entscheiden, wann der Antragende als verständiger und loyaler Mann die Antwort erwarten durfte[31]).

γ) Die Zeit, bis zu welcher die Annahme von Anträgen erfolgen muß, bei denen eine Erklärung gegenüber dem Antragenden nicht erforderlich ist[32]), bestimmt sich nach dem aus dem Antrag oder den Umständen zu entnehmenden Willen des Antragenden (§§ 151 S. 2, 152 S. 2)[33]). **§§ 151 S. 2, 152 S. 2.**

---

[29]) Der Antragsempfänger trägt die Gefahr der Beförderung des Antrags wie der Annahme. — a. A. in München giebt Vormittags 10 Uhr ein Telegramm auf, in dem er dem B. in Berlin 100 Tonnen Bier auf dringenden Drahtbescheid anbietet. Das Telegramm des A. kann wegen Vorliegens dringender Staatsdepeschen zunächst nicht befördert werden und bleibt dann durch ein Versehen des Beamten bis 3 Uhr Nachmittags liegen. B., der das Telegramm des A. um 5 Uhr erhält, depeschiert sofort dringend die Annahme des Antrags. Die um 6 Uhr bei A. eingehende Annahme ist verspätet, da A. unter regelmäßigen Umständen die Antwort bis 1 oder spätestens 2 Uhr erwarten durfte. — b. C. in Berlin bietet dem D. in Hamburg durch einen Dienstag früh angelangten Brief eine Dampferladung Mais an. D. läßt bei Erledigung der Korrespondenz am Dienstag Nachmittag dem C. schreiben, daß er annehme, der Lehrling behält jedoch den Brief in der Tasche und schickt ihn erst Mittwoch früh ab. Die Mittwoch Nachmittag anlangende Annahme ist verspätet, da C. die Antwort spätestens Mittwoch früh erwarten durfte. — c. E. in Berlin bietet dem F. in Berlin durch Rohrpostkarte Morgens früh 10 Schock Krebse an. F. nimmt durch eine sofort aufgegebene und beförderte Rohrpostkarte an, die aber versehentlich an G. bestellt wird und daher erst Abends 7 Uhr an E. gelangt. Auch hier ist die Annahme verspätet; E. durfte die Antwort im Laufe des Vormittags erwarten. — d. In der Zeit großer Ueberschwemmungen in Schlesien bietet H. in Berlin in einem am Montag abgesandten Briefe dem J. in Hirschberg in Schlesien einen Posten fertiger Anzüge an. Der Brief langt am Mittwoch in Hirschberg, die Annahme am Freitag in Berlin an. Sie ist rechtzeitig, da H. als verständiger Mann bei den durch die Ueberschwemmung bewirkten Betriebsstörungen die Antwort nicht früher erwarten durfte. Hier sind die „regelmäßigen Umstände" die durch die Ueberschwemmung hervorgerufenen, so weit sie dem H. bekannt waren oder bekannt sein mußten.

[30]) Es genügt naturgemäß auch eine andere schnellere oder gleich schnelle Annahme, z. B. auf telegraphisches Angebot Annahme durch den Fernsprecher innerhalb der Zeit, die für die Ankunft der telegraphischen Antwort erforderlich wäre.

[31]) Vergl. das Beispiel d in Anm. 29.

[32]) Siehe oben S. 187 unter α und β.

[33]) Bei Vorausbestellung eines Zimmers in einem Gasthause (S. 187 Anm. 23) muß die Annahme (z. B. durch Freihalten eines Zimmers) beim Eintreffen des Bestellers erfolgt sein, widrigenfalls der Antrag erlischt. Erklärt der Wirth, er werde erst zusehen, ob ein Zimmer frei sei, so ergiebt sich daraus, daß die Annahme bis dahin nicht erfolgt ist; der Gast ist nicht mehr gebunden. War die Annahme durch Freihalten des Zimmers erfolgt, so ist der Besteller zur Bezahlung verpflichtet, auch wenn er ein anderes Gasthaus aufsucht.

§ 148. δ) Wenn der Antragende für die Annahme eine Frist bestimmt hat, so muß die Annahme in allen Fällen (α—γ) innerhalb der Frist erfolgen (§ 148). Ist die Bestimmung der Frist dem Gutdünken des Antragsempfängers überlassen, so ist sie nach den Umständen des einzelnen Falles zu bemessen[34]).

§ 146. Wenn die Annahme nicht rechtzeitig erfolgt, so erlischt der Antrag (§§ 146, 151 S. 2, 152 S. 2, 156 S. 2)[35]), einerlei auf welchen Gründen die Verspätung beruht. Eine dem Antragenden nicht rechtzeitig zugehende Annahme kann danach den Abschluß des Vertrags nicht bewirken. Doch

§ 150 Abs. 1. gilt die verspätete Annahme als neuer Antrag (§ 150 Abs. 1). In einem Ausnahmefalle behandelt jedoch das Gesetz die verspätet eingegangene Annahme als eine rechtzeitige, nämlich wenn:

§ 149. α) die Annahme rechtzeitig abgesendet war, d. h. so, daß sie bei regelmäßiger Beförderung rechtzeitig bei dem Antragenden hätte eintreffen müssen,

β) der Antragende dies erkannte oder doch erkennen mußte und er trotzdem

γ) dem Antragsempfänger nicht unverzüglich nach Empfang der Annahme mittheilt, daß diese ihm verspätet zugegangen ist, falls er ihm nicht schon vorher angezeigt hatte, daß eine Annahme rechtzeitig nicht eingegangen sei[36]) (§ 149).

Unter diesen Voraussetzungen kommt also der Vertrag durch die verspätet zugegangene Annahme zu Stande[37]). Er ist in diesem Falle geschlossen in dem Zeitpunkt, in dem die verspätete Erklärung dem Antragenden zugeht. Das Vorliegen der Voraussetzungen zu α bis γ hat zu beweisen, wer das Zustandekommen des Vertrags behauptet[38]).

§ 150 Abs. 2. c) Die Annahme muß sich inhaltlich mit dem Antrage decken. Eine Annahme unter Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Aenderungen

---

[34]) Für Anträge an Korporationen (§ 101 I, 5 ALR.) gelten die allgemeinen Bestimmungen. Einem Anwesenden sind sie nur gemacht, wenn der Anwesende zum Abschlusse des Vertrags berechtigt ist. Im Falle des § 147 Abs. 2 ist bei Bestimmung der Ueberlegungsfrist für die Antwort zu berücksichtigen, wann eine Entscheidung über den Antrag satzungsgemäß erfolgen kann.

[35]) Siehe oben S. 187 bei Anm. 19.

[36]) Der Antragende genügt seiner Verpflichtung durch die unverzügliche Absendung der Mittheilung, die Gefahr des Eintreffens trägt der Annehmende, sodaß der Vertrag nicht zu Stande gekommen ist, wenn die Mittheilung zwar unverzüglich abgesendet wird, aber verspätet oder gar nicht ankommt.

[37]) Vgl. HGB. Art. 319 Abs. 2, anders §§ 100, 103—105 I, 5 ALR., nach denen nur Schadensersatzpflicht eintritt. — Im Falle a der Anm. 29 S. 189 war die Antwort des B. in Folge der verspäteten Ankunft des Antrags-Telegramms so spät aufgegeben, daß sie bei schnellster Beförderung nicht mehr zu der Zeit ankommen konnte, zu der sie A. erwarten durfte. A. braucht deshalb den verspäteten Eingang der Annahme dem B. nicht mitzutheilen. § 149 findet nicht Anwendung. Ebenso liegt Fall b, in dem die Annahme durch Schuld des Lehrlings nicht rechtzeitig abgesendet wurde. Dagegen ist im Falle c die Annahme rechtzeitig abgesendet. E. mußte dies auch aus dem Aufgabestempel erkennen. Der Vertrag ist daher zu Stande gekommen, wenn E. nicht unverzüglich nach Empfang der Antwortkarte deren verspätetes Eintreffen dem F. mittheilt, falls er ihm nicht schon im Laufe des Tages bestätigt hatte, daß eine rechtzeitige Annahme seines Antrags nicht erfolgt sei.

[38]) A. M. Planck Anm. 3 zu § 149, Fischer—Henle Anm. 5 zu § 149, Rehbein Anm. II, 4 c zu §§ 145 ff. S. 220, Gareis Anm. 3 zu § 149, Staub, Exkurs zu § 361 HGB. Anm. 34, nach denen der Beweis, daß die Voraussetzung zu γ nicht vorliegt, dem anderen Theile obliegt. Jedoch kommt der Vertrag durch die rechtzeitige Absendung und den erkennbar verspäteten Eingang der Annahme noch nicht zu Stande. Es muß ein Verschulden des Antragenden in Ansehung der Absendung der Anzeige (unverzüglich § 121 Abs. 1) hinzukommen, das danach eine weitere Voraussetzung für das Zustandekommen des Vertrags bildet. Wie hier Neumann Anm. 1 zu § 149.

(z. B. Aenderung des Erfüllungsorts) gilt als Ablehnung verbunden mit einem neuen **Antrage** (§ 150 Abs. 2)[39].

3. **Eine bestimmte Form ist für Antrag und Annahme nicht erforderlich.** Soweit jedoch für den zu schließenden Vertrag eine Form durch Gesetz oder Rechtsgeschäft vorgeschrieben ist, sind Antrag und Annahme nur wirksam, wenn sie der Form entsprechen. Aber auch ein dem Formerforderniß entsprechender Antrag ist nur dann wirksam, wenn er so beschaffen ist, daß der Annehmende durch seine erforderlichen Falles gleichfalls dem Formerforderniß entsprechende Annahme die Vertragsform vollenden kann[40].

Wenn die über den Vertrag verhandelnden Parteien eine Beurkundung des beabsichtigten Vertrags vereinbart haben, so ist der Vertrag im Zweifel nicht schon durch formlosen Antrag oder formlose Annahme, sondern erst mit der erfolgten Beurkundung geschlossen (§ 154 Abs. 2)[41]. **§ 154 Abs. 2.**

4. Die sich in Antrag und Annahme vollziehende **Willenseinigung** der Vertragschließenden muß sich nicht nur auf die Punkte erstrecken, die nach dem Gesetze zum Wesen des zu schließenden Vertrags gehören, sondern auf **alle Punkte, die nach der Erklärung auch nur des einen Theiles einer Vereinbarung unterliegen sollen.** Solange dies nicht der Fall ist, ist der Vertrag im Zweifel nicht geschlossen (§ 154 Abs. 1 S. 1)[42]. Es gilt also jeder derartige Punkt im Zweifel als wesentlich, auch wenn er an sich nebensächlich ist. Sehen jedoch die Parteien in Folge eines Mißverständnisses den Vertrag als geschlossen an, obwohl sie sich über einen Punkt nicht geeinigt haben, über den eine Vereinbarung erfolgen sollte, so gilt das Vereinbarte, wenn anzunehmen ist, daß der Vertrag auch ohne eine Bestimmung über diesen Punkt geschlossen sein würde (§ 155). Anderenfalls gilt in diesem Falle der Vertrag als nicht zu Stande gekommen[43]. **§ 154 Abs. 1. § 155.**

---

[39]) Vgl. §§ 83—85 I, 5 ALR., Art. 322 HGB.

[40]) A. bietet dem B. durch ein notariell beurkundetes Versprechen schenkweise 1000 Mark an (§ 518). Der Vertrag kommt durch die formlose Annahme des B. zu Stande. — Bei gerichtlich oder notariell zu beurkundenden Verträgen kann ein in dieser Form erfolgter Antrag in gleicher Form angenommen werden (§ 128). Der Vertrag ist damit geschlossen (§ 151). — Wenn bei der Auflassung der Veräußerer die Uebertragung des Eigenthums am Grundstück auf den Erwerber in dessen Abwesenheit vor dem Grundbuchamt erklärt, so liegt ein wirksamer Antrag nicht vor, weil durch eine spätere Annahme die Einigung nicht zu Stande kommen kann. Der Antrag ist nur wirksam, wenn er bei gleichzeitiger Anwesenheit des anderen Theiles vor dem Grundbuchamt erklärt wird (§ 925 Abs. 1). Siehe auch oben S. 164 unter C 1.

[41]) § 154 Abs. 2 findet keine Anwendung, wenn die Parteien nach bereits erfolgtem Abschlusse die Beurkundung vereinbaren. Siehe oben S. 155 unter 1.

[42]) Die Verständigung über einzelne Punkte ist auch dann nicht bindend, wenn eine Aufzeichnung stattgefunden hat (§ 154 Abs. 1 S. 2). Siehe hierüber oben S. 169 unter 2.

[43]) A. verhandelt mit B. über dessen Anstellung als Handlungsgehülfen. Im Laufe der Verhandlungen erwähnt B., daß er einen jährlichen Sommerurlaub von 2 Wochen zugestanden haben möchte. Solange nicht eine Einigung über diesen Punkt erzielt ist, ist der Vertrag nicht zu Stande gekommen, auch wenn sonst alle wesentlichen Bedingungen vereinbart sind. — B. meint, daß A. den Urlaub bewilligt, A., daß B. auf diesen verzichtet habe. Beide sehen den Vertrag als geschlossen an und B. tritt die Stellung an. Nachträglich stellt sich heraus, daß ein Mißverständniß vorliegt. Obwohl also hier eine Einigung über alle Punkte nicht erzielt ist, gilt der Vertrag doch nach § 155, weil, falls nicht besondere Umstände vorliegen, anzunehmen ist, daß A. und B. den Vertrag auch ohne Vereinbarung über den Urlaub geschlossen haben würden. Das Gleiche würde gelten, wenn A. zwei Vertragsexemplare ausgefertigt und versehentlich in dem von ihm unterschriebenen eine Woche, in dem von B. unterschriebenen zwei Wochen Urlaub vorgesehen hätte, dieses Versehen aber erst nach Antritt der Stellung bemerkt würde. — Nicht hierher gehört der Fall, in dem der Andere einen von ihm falsch verstandenen Antrag annimmt

5. Der Vertragsantrag wird wirksam, auch wenn der Antragende nach der Abgabe der bezüglichen Willenserklärung und bevor sie dem Anderen zugeht, stirbt oder geschäftsunfähig wird (§ 130 Abs. 2)[44]. Aber auch das Zustandekommen des Vertrags selbst wird dadurch nicht gehindert, daß der Antragende vor der Annahme stirbt oder geschäftsunfähig wird, sofern nicht ein anderer Wille des Antragenden anzunehmen ist (§ 153). Die Annahme kann trotz des Todes oder der Geschäftsunfähigkeit des Antragenden erfolgen, und zwar muß sie innerhalb der vorgeschriebenen Frist den Erben bezw. dem gesetzlichen Vertreter gegenüber erklärt werden. — Ob beim Tode oder der Geschäftsunfähigkeit des Antragsempfängers der Antrag erlischt, ist nach dem im einzelnen Falle zu ermittelnden Willen des Antragenden zu beurtheilen[45].

§ 153.

§ 47. Bedingung.

1. Eine Bedingung im Sinne des Gesetzes liegt nur vor, wenn der Eintritt der Wirkungen eines Rechtsgeschäfts von dem Eintritt eines zukünftigen ungewissen Ereignisses abhängig gemacht ist.[1]) Keine eigentlichen Bedingungen sind daher:

a) Die nothwendigen und unmöglichen Bedingungen. Ein unter einer aufschiebenden nothwendigen Bedingung vorgenommenes Rechtsgeschäft ist unbedingt, ein unter einer auflösenden nothwendigen Bedingung vorgenommenes unwirksam; jedoch liegt in der Beifügung einer nothwendigen Bedingung meist eine Befristung. — Die unmögliche Bedingung macht, wenn sie aufschiebend ist, die Willenserklärung unwirksam, wenn sie auflösend ist, zu einer unbedingten.

b) Die unverständlichen und widersinnigen Bedingungen. Sie machen die Willenserklärung unwirksam, mögen sie aufschiebend oder auflösend sein.[2])

(er glaubt, einen Kaufvertrag anzunehmen, während ihm Miethe angetragen war). Hier liegt ein Irrthum über den Inhalt der Erklärung vor, auf den die §§ 119 ff. Anwendung finden (siehe oben S. 149). § 155 behandelt einen Unterfall des § 154; beim Vorliegen eines Irrthums ist ein wirksamer Vertrag zu Stande gekommen, der nur der Anfechtung unterliegt.

[44]) Siehe oben S. 171 unter d.

[45]) Vergl. §§ 106—108 I, 5 ALR. Wenn Jemand für sich ein Theaterabonnement bestellt, aber vor der Annahme der Bestellung stirbt, so kann der Vertrag nicht mehr zu Stande kommen. Hier ist anzunehmen, daß der Antrag für den Fall des Todes des Antragenden nicht gestellt ist. — Beim Kaufe von Waaren wird es in der Regel dem Willen des Antragenden entsprechen, daß beim Tode des Antragsempfängers die Annahme durch die Erben erfolgen kann. — Beim Dienstvertrage wird dagegen regelmäßig die Annahme weder nach dem Tode des Antragenden noch nach dem des Antragsempfängers erfolgen können (vergl. § 673). Siehe auch Rehbein Anm. II, 3, e zu §§ 145 ff. S. 214.

[1]) Wenn das BGB. sich über die rechtliche Natur der Bedingung auch nicht ausläßt, so ergiebt sich doch sein Standpunkt klar aus der Wortfassung des § 158. Es wird „das Rechtsgeschäft unter einer Bedingung vorgenommen." Die Bedingung ist also kein besonderes Rechtsgeschäft neben dem unbedingten, es liegt vielmehr nur ein Rechtsgeschäft vor, zu dessen Inhalt die Bedingung gehört: das bedingte Rechtsgeschäft ist ein einheitliches, besonders qualifiziertes Rechtsgeschäft. Ferner ist von dem Eintritte der Bedingung nicht das Rechtsgeschäft selbst abhängig, dieses ist vielmehr als ein besonders geartetes bereits vollständig vorgenommen. Von dem Eintritte der Bedingung abhängig ist die von den Betheiligten gewollte Wirkung des Rechtsgeschäfts.

[2]) Der dies besonders aussprechende § 139 E. I ist als überflüssig gestrichen worden (Prot. I S. 185).

c) Die auf vergangene Ereignisse gestellten, bei denen die Bedingung bereits entschieden, das Ergebniß aber noch nicht bekannt ist. Die subjektive Ungewißheit des Erklärenden über den Eintritt des Ereignisses macht die Willenserklärung zu keiner bedingten, objektiv ist die Willenserklärung von vorn herein wirksam oder unwirksam. Jedoch ist bei Rechtsgeschäften, denen keine Bedingung beigefügt werden kann, weil ein Zustand der Ungewißheit mit ihnen unvereinbar ist,[3]) in der Regel auch eine auf ein vergangenes Ereigniß sich beziehende Bedingung nicht zulässig.

d) Die sog. Rechtsbedingungen, die nicht auf der Bestimmung des Erklärenden beruhen, sondern sich von selbst aus dem Gesetz ergeben (z. B. ich werde den Kaufpreis zahlen, wenn du mir die Sache übergiebst). Sie sind ein überflüssiger Zusatz ohne besondere Bedeutung.[4])

Ferner ist zu bemerken, daß

a) unerlaubte Bedingungen, d. h. solche, welche gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134) oder die guten Sitten (§ 138) verstoßen, die Willenserklärung nichtig machen. Dies gilt sowohl für Rechtsgeschäfte unter Lebenden wie für die von Todeswegen;
b) unnütze Bedingungen zulässig sind und erfüllt werden müssen;
c) wenn mehrere Bedingungen beigefügt sind, von denen nur eine erfüllt werden soll, im Zweifel nach analoger Anwendung des § 262 der mit der Bedingung Belastete die Wahl hat.

2. In der Regel können allen Willenserklärungen Bedingungen beigefügt werden. Unter den Ausnahmen sind hervorzuheben: Aufrechnung (§ 388), Auflassung (§ 925 Abs. 2), Abschluß der Ehe (§ 1317), Anerkennung der Ehelichkeit (§ 1598), Annahme und Ausschlagung der Erbschaft oder eines Vermächtnisses (§§ 1947, 2180), ferner §§ 1724, 1742, 1768, 2202 und § 150 Abs. 2. In allen diesen Fällen macht die Beifügung einer Bedingung die ganze Erklärung unwirksam.[5])

§ 158. 3. Weder der Eintritt der aufschiebenden noch der der auflösenden Bedingung hat rückwirkende Kraft. Beim Eintritte der aufschiebenden Bedingung hat somit der Berechtigte regelmäßig keinen Anspruch auf die Nutzungen der Zwischenzeit; ebensowenig braucht beim Eintritte der auflösenden Bedingung der, dessen Recht endet, die Nutzungen der Zwischenzeit herauszugeben. Bei der auflösenden Bedingung tritt mit dem Eintritte der Bedingung der frühere Rechtszustand von selbst wieder ein. Ist unter einer auflösenden Bedingung eine Forderung oder das Eigenthum an einer Sache übertragen worden, so fallen Forderung und Eigenthum von selbst auf den Uebertragenden zurück; dingliche Rechte an Grundstücken erlöschen und die Berichtigung des Grundbuchs erfolgt in Gemäßheit des § 894. Diese Wirkung tritt auch gegen Dritte ein, soweit diese nicht durch den Glauben an das Grundbuch oder nach Maßgabe der Vorschriften über den Erwerb im guten Glauben geschützt sind.[6]) — § 159. Ist unter den Betheiligten vereinbart[7]) worden, daß die

---

[3]) Vergl. im Texte unter 2.

[4]) Vergl. E. I § 140, Prot. I S. 185.

[5]) Besondere Vorschriften sind für Bedingungen bei letztwilligen Verfügungen gegeben, §§ 2074—2076, 2086, 2105, 2162.

[6]) In dieser von selbst eintretenden dinglichen Wirkung des Eintritts der auflösenden Bedingung liegt eine wichtige Abweichung von den Grundsätzen des früheren preuß. Rechtes (ALR. I 11 § 262).

[7]) Eine besondere Vereinbarung der Parteien ist nicht erforderlich, es kann sich dieser Wille der Betheiligten aus dem Inhalte des Rechtsgeschäfts ergeben.

Folgen des Eintritts der (aufschiebenden oder auflösenden) Bedingung auf einen früheren Zeitpunkt zurückbezogen werden sollen, so hat eine solche Vereinbarung nur obligatorische Wirkung unter den Betheiligten; sie müssen einander das gewähren, was sie haben würden, wenn die Bedingung in dem vereinbarten früheren Zeitpunkt eingetreten wäre (§ 159).

4. Solange die aufschiebende Bedingung noch schwebt, ist die Wirkung des Rechtsgeschäfts noch nicht eingetreten (§ 158 Abs. 1); es ist ein Forderungsrecht noch nicht entstanden, das Eigenthum noch nicht übergegangen, eine Verpflichtung noch nicht begründet. Trotzdem kann die bedingte Verbindlichkeit bereits durch Bürgschaft (§ 765 Abs. 2), Pfand (§§ 1113 Abs. 2, 1204 Abs. 2, 1209) und Eintragung einer Vormerkung (§ 883 Abs. 1) gesichert werden, es sind zu ihrer Sicherung der Arrest (§ 916 Abs. 2 CPO.)[8]) und die einstweilige Verfügung[9]) zulässig, sie berechtigt im Konkurse des Schuldners zu einer Sicherung (§ 67 KO.),[10]) Recht und Pflicht sind vererblich und übertragbar,[11]) es ist nach Maßgabe des § 256 CPO. eine Klage auf Feststellung des in der Schwebe befindlichen Rechtsverhältnisses zulässig. Ferner darf der

§ 160.

Verpflichtete das von der aufschiebenden Bedingung abhängige Recht nicht schuldhafter Weise vereiteln oder beeinträchtigen, sonst macht er sich für den Fall des Eintritts der Bedingung dem Berechtigten gegenüber schadensersatzpflichtig (§ 160 Abs. 1). Ein Anspruch auf Unterlassung der Beeinträchtigung steht dem Berechtigten nicht zu. Die Vereitelung oder Beeinträchtigung des Rechtes kann sowohl durch thatsächliche Einwirkung (z. B. Zerstören der bedingt geschuldeten Sache), als auch durch rechtliche Verfügungen (z. B. Veräußerung des bedingt geschuldeten Gegenstandes) erfolgen. Dieselbe Verpflichtung, im Falle der Vereitelung oder Beeinträchtigung des Rechtes Schadensersatz zu leisten, hat der unter einer auflösenden Bedingung Berechtigte gegenüber demjenigen, zu dessen Gunsten der Eintritt der auflösenden Bedingung wirkt (§ 160 Abs. 2).

§ 161.

5. Einen weitergehenden Schutz genießt derjenige, zu dessen Gunsten eine aufschiebend bedingte Verfügung[12]) über einen Gegenstand getroffen worden ist. Während nämlich in dem Falle, daß nur ein aufschiebend bedingtes obligatorisches Rechtsgeschäft vorgenommen worden ist, der Berechtigte gegen nachtheilige Einwirkungen auf sein Recht nur durch den Schadensersatzanspruch des § 160 geschützt ist,[13]) tritt bei einer aufschiebend bedingten Ver-

---

[8]) „Es sei denn, daß der bedingte Anspruch wegen der entfernten Möglichkeit des Eintritts der Bedingung einen gegenwärtigen Vermögenswerth nicht hat." Diese neue Unterscheidung kehrt wieder in den §§ 154 Abs. 2, 171 KO. — Eine Klage auf Sicherheitsleistung ist nicht gegeben; ist der Arrest angeordnet, so kann die Hauptsache im Sinne des § 926 CPO. nur die Klage auf Feststellung des bedingten Rechtsverhältnisses sein.

[9]) Vergl. E. I § 133 Abs. 4, Prot. I S. 183, § 936 CPO.

[10]) Vergl. auch §§ 1986, 2217, 2313.

[11]) Vergl. jedoch die Auslegungsregel des § 2074.

[12]) Ueber den Begriff der Verfügung s. oben § 32 unter 4 (S. 135).

[13]) Der Beamte A. verkauft dem B. sein Pferd unter der Bedingung, daß sein Gesuch um Versetzung nach einer anderen Stadt genehmigt wird. Bevor über das Gesuch entschieden ist, verkauft und übereignet A. das Pferd an C. Wird das Gesuch demnächst genehmigt, so hat B. an A. nur einen Schadensersatzanspruch; einen Anspruch gegen C. hat er selbst dann nicht, wenn dieser beim Erwerbe des Pferdes Kenntniß von der Sachlage gehabt hat. Dies ist der Fall des § 160. — A. erläßt dem B. eine ihm gegen diesen zustehende Forderung unter der Bedingung, daß B. ihm einen gewissen Dienst erweisen würde. Hierauf überträgt A. die Forderung an C. Erfüllt demnächst B. die Bedingung, so ist die Uebertragung der Forderung an C. unwirksam. Dies ist der Fall des § 161. — Zu bemerken ist, daß C. nicht einmal geschützt ist, wenn er beim Erwerbe der Forderung gutgläubig war, da es bei Forderungen einen allgemeinen Schutz des gut-

fügung außerdem[14]) eine dingliche Gebundenheit zu Gunsten des Berechtigten ein: hat der Verpflichtete während des Schwebens der Bedingung eine weitere Verfügung über den Gegenstand getroffen, so ist sie beim Eintritte der Bedingung insoweit unwirksam, als sie das nunmehr zur Entstehung gelangte Recht vereiteln oder beeinträchtigen würde; jedoch kommen die zum Schutze gutgläubiger Erwerber gegebenen Vorschriften zur entsprechenden Anwendung.[15]) Der Verfügung durch den Verpflichteten selbst steht eine Verfügung gleich, die während des Schwebens der Bedingung im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter[16]) erfolgt.

Alle diese Grundsätze kommen auch bei der auflösenden Bedingung zur Anwendung, wenn der Berechtigte während des Schwebens der Bedingung Verfügungen vornimmt, welche den Eintritt des früheren Rechtszustandes vereiteln oder beeinträchtigen würden.

6. Wenn eine Partei gegen Treu und Glauben den Eintritt der Bedingung verhindert oder herbeiführt, so würde dies an sich nur eine Schadensersatzpflicht begründen; das Gesetz bestimmt aber (§ 162), daß in diesem Falle die Bedingung als eingetreten resp. ausgefallen gilt. Ob ein Verstoß gegen Treu und Glauben vorliegt, ist in jedem einzelnen Falle danach zu beurtheilen, ob nach der Absicht der Parteien lediglich der Zufall entscheiden oder auch eine Einwirkung der Parteien zulässig sein sollte.[17]) **§ 162.**

7. Ueber die Beweislast bei Bedingungen enthält das BGB. keine Bestimmung.[18]) Daß in dem Vorbringen, ein von dem Gegner behauptetes

---

gläubigen Erwerbes nicht giebt; anders, wenn es sich z. B. um eine Hypothek handelt, dann träte der Schutz des § 892 ein. — Einen weitergehenden Schutz kann der blos obligatorisch Berechtigte dadurch erlangen, daß zur Sicherung seines bedingten Anspruchs im Wege der einstweiligen Verfügung gegen den Verpflichteten ein Veräußerungsverbot erlassen wird. Vergl. oben § 43 unter 36 (S. 175).

[14]) Neben der Unwirksamkeit des § 161 ist im Falle eines Verschuldens auch die Schadensersatzklage des § 160 gegeben, soweit der Berechtigte noch außerdem einen Schaden erlitten haben sollte.

[15]) An sich erwirbt der Erwerber vom Berechtigten; die entsprechende Anwendung besteht darin, daß das Kennen oder Kennenmüssen sich auf die dingliche Gebundenheit bezieht.

[16]) Hierin zeigt sich besonders die Verschiedenheit von dem relativen Veräußerungsverbote (§ 135), mit dem die dingliche Gebundenheit des § 161 im Uebrigen eine große Aehnlichkeit hat. Während nämlich das relative Veräußerungsverbot im Konkurse seine Wirkung verliert (s. oben § 43 Anm. 14), bleibt die dingliche Gebundenheit des § 161 bestehen, wenn während des Schwebens der Bedingung der Konkurs über das Vermögen des Verpflichteten eröffnet wird. Ferner kann die Unwirksamkeit des § 135 nur von der geschützten Person, die des § 161 von jedem, der ein berechtigtes Interesse daran hat, geltend gemacht werden. — Auf die Zustimmung des Berechtigten zu der Verfügung kommt § 185 zur analogen Anwendung.

[17]) Ein in der Praxis häufig vorkommendes Beispiel des § 162: In dem Miethvertrag ist dem Vermiether das Recht gegeben, den Vertrag ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen, wenn der Miether den Miethzins nicht pünktlich bezahlt. Hat er dem Miether ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen (wiederholte Annahme verspäteter Miethzinszahlung) zu erkennen gegeben, daß es auf eine geringe Verspätung nicht ankommt, und dadurch den Miether veranlaßt, unpünktlich zu zahlen, so hat er den Eintritt der Bedingung für sein suspensiv bedingtes Kündigungsrecht wider Treu und Glauben herbeigeführt, und der Eintritt der Bedingung gilt daher nach § 162 Abs. 2 als nicht erfolgt.

[18]) Vergl. ROHG. Bd. 3 S. 248, RG. Bd. 18 S. 157, Bd. 34 S. 222, M. I S. 384. § 196 E. I lautete: „Wer Rechte aus einem Rechtsgeschäfte geltend macht, hat zu beweisen, daß dasselbe in der von ihm behaupteten Weise zu Stande gekommen ist, auch wenn der Gegner die Errichtung zugesteht, jedoch behauptet, daß das Rechtsgeschäft in anderer Weise, insbesondere unter Beifügung einer aufschiebenden oder auflösenden

Rechtsgeschäft sei unter einer aufschiebenden Bedingung vorgenommen worden, ein Leugnen des Klagegrundes liegt, wird jetzt fast allgemein angenommen und ergiebt die Fassung des § 158. Rücksichtlich der auflösenden Bedingung steht die herrschende Meinung mit Recht auf dem entgegengesetzten Standpunkte. Den Eintritt oder den Ausfall der Bedingung hat zu beweisen, wer aus der betreffenden Thatsache ein Recht herleitet.[19])

§ 48. Zeitbestimmung.

§ 163. 1. Eine Zeitbestimmung — Anfangs- oder Endtermin — liegt nur vor, wenn es sich um einen künftigen Zeitpunkt oder ein künftiges Ereigniß handelt, dessen Eintritt gewiß ist (dies certus an, gleichgültig ob certus oder incertus quando, z. B. am 1. Januar 1910, oder wenn A. stirbt). Ist der Eintritt des künftigen Zeitpunkts ungewiß (dies incertus an, gleichgültig ob certus oder incertus quando, z. B. wenn A. das Alter der Volljährigkeit erreicht, wenn A. sich verheirathet), so liegt, eben wegen der Ungewißheit, eine Bedingung vor, und es kommen schlechthin die für diese gegebenen Vorschriften zur Anwendung.

2. Ist bei der Vornahme eines Rechtsgeschäfts ein Anfangs- oder Endtermin in dem Sinne beigefügt, daß beim Eintritte des Termins die Wirkung des Geschäfts eintreten oder endigen soll, so kommen die in den §§ 158, 160, 161 gegebenen Vorschriften über die aufschiebende und auflösende Bedingung zur Anwendung. Der Eintritt des Termins hat also keine rückwirkende Kraft (§ 158), beim Eintritte des Endtermins tritt der frühere Zustand von selbst wieder ein. (§ 158 Abs. 2.) Solange der Termin noch nicht eingetreten ist, ist bei einem blos obligatorischen Rechtsgeschäfte der Verpflichtete, wenn er das betagte Recht des Anderen vereitelt oder beeinträchtigt, zum Schadensersatze verpflichtet, bei einer betagten Verfügung über einen Gegenstand tritt dagegen die dingliche Gebundenheit ein.

3. Der § 163 trifft nur den Fall, daß die Wirkung des Rechtsgeschäfts erst mit dem Eintritte des Anfangstermins entstehen soll. Dies ist z. B. der Fall, wenn ein Mieth- oder Dienstverhältniß nach dem Inhalte des Vertrags erst von einem künftigen Termin an beginnen, das Eigenthum oder ein sonstiges dingliches Recht erst in einem späteren Zeitpunkt erworben werden oder aufhören soll. Soll dagegen die Wirkung des Rechtsgeschäfts sofort eintreten, und nur die Geltendmachung des Rechtes hinausgeschoben sein (betagtes Recht,[1]) z. B.

Bedingung oder unter Beifügung eines Anfangstermins oder Endtermins errichtet worden ist." Dieser § ist gestrichen worden; hierbei ist rücksichtlich der Behauptung, daß das Geschäft unter einer aufschiebenden Bedingung vorgenommen oder daß für die Wirkung des Geschäfts bei dessen Vornahme ein Anfangstermin bestimmt worden ist, allgemein angenommen worden, daß sie ein Leugnen des Klagegrundes sei; rücksichtlich der Resolutivbedingung und des Endtermins wollte man keine Bestimmung treffen, die herrschende Meinung stehe dem Entwurf entgegen; es müsse § 262 Abs. 2 (jetzt 289 Abs. 2) CPO. maßgebend sein. Prot. I S. 262, 263. Vergl. RG. Bd. 28 S. 145.

[19]) Ueber Zuwendungen unter einer Auflage hat das BGB. keine allgemeine Vorschriften (M. I S. 248, 249, M. II S. 299); besondere Vorschriften über die Auflage sind gegeben bei der Schenkung (§§ 525, 526) und bei Verfügungen von Todeswegen (§§ 1940, 2186, 2192—2196, vergl. auch § 812 über die Rückforderung wegen ungerechtfertigter Bereicherung). Besonders hervorzuheben ist, daß auf Erfüllung der Auflage geklagt werden kann, im Gegensatze zum preußischen Rechte, wo eine solche Klage nicht zugelassen war. (Vergl. Entsch. des OTr. Bd. 37 S. 22 ff.)

[1]) Man muß von dem Rechtsgeschäfte, für dessen Wirkung ein Anfangstermin bestimmt ist (§ 163), das blos betagte Recht unterscheiden. Bei Letzterem handelt es sich

das gegebene Darlehn soll in 6 Monaten zurückgezahlt, der Kaufpreis nach 3 Monaten gezahlt werden), so kann § 163 keine Anwendung finden. Der Fall des § 163 liegt ferner dann nicht vor, wenn bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts keine Frist vereinbart, die Wirkung des Rechtsgeschäfts also bereits eingetreten war und erst später eine Stundung bewilligt worden ist.

4. Die Befristung des § 163 (Anfangs- und Endtermin) ist in denselben Fällen unzulässig, in denen die Bedingung unzulässig ist. Auch zur Sicherung einer betagten Forderung ist ein Arrest zulässig. (§ 916 Abs. 2 CPO.)[2])

---

um ein bereits vollständig entstandenes Recht, dessen Fälligkeit nur hinausgeschoben ist, während im Falle des § 163 ein gegenwärtiges, sofort geltend zu machendes Recht noch nicht da ist.

[2]) Ueber die Geltendmachung betagter Forderungen im Konkurse vergl. § 65 KO., über die Klage auf künftige Leistung §§ 257—259 CPO., § 291 BGB. Ueber die Beweislast s. oben § 47 Anm. 18 (S. 195). Aus dem daselbst Erörterten ergiebt sich, daß, falls Beklagter die Vereinbarung eines Anfangstermins behauptet, die Beweislast, wie bei einer Suspensivbedingung, den Kläger trifft. Dies ist jedoch nur der Fall, wenn der Anfangstermin nach § 163 einer Suspensivbedingung gleichsteht, d. h. wenn die Wirkung des Rechtsgeschäfts erst mit dem Anfangstermin eintreten sollte, nicht aber, wenn die Wirkung sofort eintreten und nur die Geltendmachung des Rechtes hinausgeschoben werden sollte (vergl. oben im Texte unter 3). Diese beiden Fälle werden in der Praxis nicht immer genügend unterschieden, und daher entsteht große Unklarheit und Verwirrung. Bei obligatorischen Rechtsgeschäften wird in der Regel die letztere Gestaltung der Sachlage dem Willen der Parteien entsprechen. Wenn bei einem Kaufe vereinbart ist, daß der Kaufpreis erst 6 Monate nach Uebergabe der Waare zu zahlen sei, so geht nicht die Intention der Parteien dahin, daß die Kaufschuld erst nach 6 Monaten entstehen solle, sie ist vielmehr sofort entstanden, der Käufer ist bereits der Schuldner des Verkäufers, es ist ihm nur eine Zahlungsfrist gewährt. Wendet also gegenüber der Klage des Verkäufers auf Zahlung des Kaufgeldes der Beklagte ein, es sei ihm ein noch nicht abgelaufenes Zahlungsziel bewilligt, so bestreitet er nicht, daß die Forderung des Klägers bereits zur Entstehung gelangt ist, er macht vielmehr nur die Hemmung der Wirksamkeit geltend und hat daher die Thatsache, die zur Begründung der Hemmung behauptet ist, zu beweisen, wie § 193 E. I ausdrücklich bestimmte. Es wäre durchaus irrig, wenn man diesen Fall wie eine Suspensiv-Bedingung behandeln und dem Kläger die Beweislast dafür aufbürden wollte, daß ein Ziel nicht vereinbart ist. — Ganz anders liegt folgender Fall: A. klagt gegen B. auf Grund eines Miethvertrags auf die Ueberlassung der gemietheten Wohnung. B. macht geltend, die Wohnung sei erst vom 1. April nächsten Jahres an gemiethet. Hier liegt der Fall des § 163 vor. Die Wirkung des Vertrags soll erst mit dem Eintritte des Termins beginnen, und diese Abrede steht der aufschiebenden Bedingung gleich. B. leugnet, daß das mit der Klage verfolgte Recht überhaupt schon zur Entstehung gelangt sei, und A. muß daher beweisen, daß sein Recht entstanden ist, d. h. daß die Wirkung des Vertrags nicht von einem Anfangstermin abhängig gemacht worden ist.

Fünfter Titel.

Vertretung.

§ 49. Begriff.

1. Unter Vertretung versteht das BGB. immer nur die sog. unmittelbare oder direkte Vertretung, d. h. die Abgabe oder die Entgegennahme einer Willenserklärung im Namen eines Anderen, des Vertretenen. Die sog. mittelbare oder indirekte Vertretung, bei der Jemand im eigenen Namen, wenn auch für Rechnung eines Anderen handelt, ist keine Vertretung im Sinne des BGB.[1]).

2. Zum Begriffe der Vertretung gehört es ferner, daß der Vertreter das Rechtsgeschäft als ein von ihm gewolltes vornimmt. Dadurch unterscheidet sich der Vertreter von dem Boten. Der Vertreter erklärt seinen Willen, der Bote erklärt den Willen eines Anderen. Wenn auch der Vertreter genau nach den Anweisungen des Vertretenen zu handeln hat, so kommt der von ihm erklärte Wille doch immer als sein Wille zum Ausdrucke. Bei der Entgegennahme einer Willenserklärung besteht der Unterschied zwischen dem Vertreter und dem Boten darin, daß der Vertreter selbst es ist, der die Erklärung entgegennimmt, wenn auch im Namen eines Anderen, so daß mit dieser Entgegennahme die Erklärung abgegeben ist, während der Bote des Erklärungsempfängers die Erklärung, um sie zu einer abgegebenen zu machen, erst dem Empfänger überbringen muß.

3. Wer im Namen eines Anderen als dessen Vertreter ein Rechtsgeschäft vornimmt, kann entweder die Befugniß haben, ihn zu vertreten (die Vertretungsmacht), oder ohne eine solche Befugniß handeln. Auch wer ohne Vertretungsmacht handelt, ist Vertreter im Sinne des Gesetzes.

4. Die Vertretungsmacht beruht entweder auf Gesetz oder auf Rechtsgeschäft. Gesetzliche Vertreter sind: Der Inhaber der elterlichen Gewalt (§§ 1630, 1686), der Vormund (§ 1793), der Pfleger (§ 1915)[2]), ferner hat der Vorstand einer juristischen Person die Stellung eines gesetzlichen Vertreters (§§ 26 Abs. 2, 30, 86)[3]). Die auf Rechtsgeschäft beruhende Vertretungsmacht nennt das Gesetz Vollmacht[4]).

5. Grundsätzlich ist Vertretung bei der Vornahme aller Rechtsgeschäfte

---

[1]) Die sog. mittelbare oder indirekte Vertretung hat im BGB. eine besondere Regelung nicht erfahren. Es kommen die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung. Der mittelbare Vertreter erwirbt Recht und Pflicht lediglich für sich, nur er steht dem anderen Theile als Berechtigter und Verpflichteter gegenüber. Er kann Recht und Pflicht auf den Vertretenen nur durch ein besonderes Rechtsgeschäft übertragen. Bis zu dieser Uebertragung ist auch im internen Verhältnisse — zwischen dem mittelbaren Vertreter oder dessen Gläubiger und dem Vertretenen — nur der Vertreter der Berechtigte. Die Vorschrift, welche das HGB. im § 392 Abs. 2 für den Kommissionär giebt, kann auf andere Fälle der indirekten Stellvertretung nicht analog angewendet werden. Vergl. Prot. II S. 360—365. (Anträge, die Vorschrift des § 392 Abs. 2 HGB. zu verallgemeinern, sind abgelehnt worden). Vgl. S. Goldmann S. 211 unter b.

[2]) Auch die der Frau nach § 1357 (Schlüsselgewalt) zustehende Vertretungsmacht beruht auf Gesetz. Die dem Notar nach § 15 GBO. zustehende Befugniß beruht auf fingierter Vollmacht.

[3]) Vergl. hierüber oben S. 49 unter 5.

[4]) S. unten § 52 S. 205 ff.

und bei der Entgegennahme einer jeden Willenserklärung zulässig, soweit nicht das Gesetz vorschreibt, daß ein Rechtsgeschäft von den Betheiligten persönlich[5]) vorzunehmen oder daß Vertretung unzulässig ist[6]).

§ 50. Vertretung mit Vertretungsmacht.

§ 164.

I. Das Wesen der direkten Stellvertretung, der Vertretung im Sinne des BGB., besteht darin, daß die Wirkungen des vom Vertreter geäußerten Willens unmittelbar auf den Vertretenen bezogen werden. Diesen allein treffen Recht und Pflicht aus der Erklärung, während der Vertreter selbst weder berechtigt noch verpflichtet wird. Die gleiche unmittelbare Wirkung tritt ein, wenn eine empfangsbedürftige Willenserklärung dem Vertreter des Erklärungsempfängers gegenüber abgegeben wird.

II. Damit diese Wirkung eintritt, muß eine doppelte Voraussetzung erfüllt sein: der Vertreter muß erstens die Befugniß gehabt haben, den Anderen zu vertreten[1]) und darf die Grenzen dieser seiner Vertretungsmacht nicht überschritten haben, und er muß zweitens seinen Willen, den Anderen zu vertreten, kundgethan haben.

1. Die Vertretungsmacht kann auf Gesetz oder auf Rechtsgeschäft beruhen. Im ersteren Falle ist ihr Umfang im Gesetze bestimmt, im letzteren Falle hängt ihr Umfang von dem Willen des Vollmachtgebers ab[2]). Insoweit der Vertreter die Grenzen seiner Vertretungsmacht überschritten hat, kommen die Grundsätze von der Vertretung ohne Vertretungsmacht zur Anwendung (§§ 177 ff.). Ausnahmsweise wird in einigen Fällen die Vertretungsmacht, obwohl sie bereits erloschen ist, für den gutgläubigen Vertreter als fortbestehend fingiert (§ 169 in Verb. mit §§ 674, 729, ferner §§ 1682, 1893; vergl. ferner § 68). —

2. Die Erklärung des Vertreters, daß er das Rechtsgeschäft im Namen des Vertretenen vornehme, braucht nicht ausdrücklich zu sein, es genügt vielmehr, daß die Umstände ergeben, daß der Vertreter nicht im eigenen Namen, sondern im Namen des Vertretenen gehandelt hat[3]). Diese Umstände dürfen nicht lediglich ein Internum auf Seiten des Vertreters sein, andererseits ist es jedoch nicht erforderlich, daß der Empfänger der Willenserklärung sie positiv gekannt hat, vielmehr genügt es, wenn die Umstände derart in die Erscheinung getreten sind, daß sie erkannt werden konnten[4]). — Fehlt es an derartigen

---

[5]) §§ 1317, 2064, 2256 Abs. 2, 2274, 2290 Abs. 2, 2347 Abs. 2, 2351, 2352. Wo das Gesetz persönliche Vornahme eines Rechtsgeschäfts fordert, ist sowohl Vertreter wie Bote ausgeschlossen.

[6]) Vergl. §§ 1307, 1336, 1358 Abs. 3, 1437, 1595, 1598, 1728, 1748 Abs. 2, 2282.

[1]) Vergl. S. Goldmann, S. 212 unter $\beta\beta$.

[2]) Vergl. unten § 52.

[3]) Die Vertretungsmacht braucht nur zur Zeit der Abgabe der Willenserklärung vorhanden zu sein; erlischt sie, bevor die von dem Vertreter abgegebene Erklärung wirksam geworden ist, so ist dies auf die Wirksamkeit der Erklärung ohne Einfluß. Dies folgt aus § 164 Abs. 1. Vergl. § 130 Abs. 2, Neumann, Anm. 3d zu § 168.

[4]) Der § 164 Abs. 1 ist dem Art. 52 Abs. 2 des alten HGB. nachgebildet; er unterscheidet sich von diesem aber insofern, als es in letzterem hieß, es sei gleichgültig, ob das Geschäft ausdrücklich im Namen des Prinzipals geschlossen worden ist, oder ob die Umstände ergeben, daß es „nach dem Willen der Kontrahenten" für den Prinzipal geschlossen werden sollte. Hieraus war entnommen worden, daß der Wille beider Parteien darauf gerichtet sein mußte, daß die Erklärung im Namen des Vertretenen erfolgen solle, daß also insbesondere die konkludenten Umstände, aus denen sich dies ergab, beiden bekannt sein mußten. Aehnlich lautete § 116 E. I („nach dem Willen der Handelnden"). Diese Worte fehlen im Gesetze. Der Abs. 2 des § 164 ergiebt, daß es nur erforderlich ist, daß der

Umständen, so ist die Willenserklärung nicht für den Vertretenen abgegeben, sie wirkt vielmehr lediglich für und gegen denjenigen, welcher sie abgegeben hat. Hat dieser nicht den Willen gehabt, die Erklärung im eigenen Namen abzugeben, wollte er sie vielmehr im Namen eines Anderen abgeben, so würde an sich ein Irrthum vorliegen, der ihn nach § 119 berechtigt, die Willenserklärung anzufechten. Im Interesse der Verkehrssicherheit schreibt das Gesetz aber vor, daß eine solche Anfechtung unstatthaft sei, daß dieser Irrthum nicht in Betracht kommt. Der Erklärende ist aus der Willenserklärung berechtigt und verpflichtet [5]), obwohl er sie als seine Erklärung nicht hat abgeben wollen [6]).

III. Die Beweislast dafür, daß das Rechtsgeschäft nicht im Namen des

---

Wille des Vertreters, im Namen eines Anderen zu handeln, erkennbar hervorgetreten sein muß. Der andere Theil kann sich nicht darauf berufen, daß er derartige Umstände, die klar zu Tage lagen, nicht erkannt habe.

[5]) Die Wortfassung des Gesetzes läßt keinen Zweifel darüber, daß die Vorschrift des § 164 Abs. 2 nicht nur gegen den Erklärenden wirkt — so daß er, wenn er in Anspruch genommen wird, nicht geltend machen kann, er habe nicht im eigenen, sondern in fremdem Namen handeln wollen — sondern auch für ihn, so daß auch die Rechte zunächst nur für ihn entstehen. Er kann diese Rechte nur durch besonderes Rechtsgeschäft auf den Anderen übertragen. Es ist hiergegen geltend gemacht worden, daß dadurch derjenige, in dessen Interesse und Auftrage der Erklärende handelt, in hohem Grade gefährdet ist. Wenn der Dienstherr, der Prinzipal durch seinen Dienstboten, seinen Handlungsgehülfen Sachen kaufen läßt, so würde im Falle des § 164 Abs. 2 der Beauftragte das Eigenthum erwerben, und es würden die Sachen der Pfändung durch seine Gläubiger unterliegen, zu seinem Nachlasse gehören. Der Auftraggeber wäre so lange, bis das Eigenthum auf ihn übertragen wäre, schutzlos. Deswegen hat man den § 164 Abs. 2 dahin einschränken wollen, daß er nur gegen den Erklärenden, nicht für ihn wirkt. (Vergl. Planck Anm. 2 zu § 164, Eck, Vorträge S. 65, 66.) Hiergegen ist zunächst zu bemerken, daß die Frage die große Bedeutung, die ihr häufig beigelegt wird, wohl kaum hat. Bei den vielen Geschäften des täglichen Lebens, welche durch Dienstboten, Angestellte u. s. w. abgeschlossen werden, wird der Fall des § 164 Abs. 2 nur selten Platz greifen. Es ist schon darauf hingewiesen, daß der Vertretungswille nur erkennbar hervorzutreten braucht. Wer an einen Dienstboten u. s. w. verkauft, wird meist zu erkennen in der Lage sein, daß der Dienstbote nicht im eigenen, sondern in fremdem Namen handelt. Ob er auch weiß, wer der Vertretene ist, ist in der Regel gleichgültig. Ein Irrthum in der Person des Vertretenen wird bei derartigen Geschäften selten die Anfechtung aus § 119 rechtfertigen, da es bei verständiger Würdigung des Falles dem Verkäufer meist gleichgültig sein wird, wer der Vertretene ist. — Liegt der Fall des § 164 Abs. 2 aber vor, so muß allerdings zunächst daran festgehalten werden, daß der im eigenen Namen handelnde Beauftragte an den für den Auftraggeber erworbenen Sachen das Eigenthum erlangt. Steht aber der Beauftragte zu dem Auftraggeber in einem Verhältnisse des § 855, so erlangt nicht er den Besitz, vielmehr erwirbt er sofort den Besitz für seinen Dienstherrn, und zwar auch dann, wenn dem anderen Theile das Verhältniß nicht bekannt ist. Der Dienstbote macht sich in demselben Moment, in welchem die Sache in seine thatsächliche Gewalt kommt, zum Besitzdiener und seinen Herrn zum Besitzer. Auch an der zum Eigenthumserwerbe seitens des Auftraggebers erforderlichen Einigung fehlt es nicht. Die Willensübereinstimmung zwischen dem Dienstherrn und dem Dienstboten, daß das Eigenthum auf Ersteren übergehen soll (§ 929), ist als eine stillschweigende aus der Sachlage zu entnehmen. Vergl. RG. Bd. 11 S. 128, 129, Bd. 24 S. 314, Bd. 30 S. 142, Dernburg III S. 61, Rehbein S. 252. — Abgesehen von solchen Fällen ist allerdings bis zur Eigenthumsübertragung, die jedoch sehr leicht nach §§ 181, 930 erfolgen kann, der Auftraggeber den oben erwähnten Gefahren ausgesetzt, gerade so wie es bei der indirekten Vertretung, insbesondere dem Kommissionsgeschäfte, stets der Fall ist. Vergl. RG. Bd. 11 S. 56.

[6]) Die Vorschrift des § 164 Abs. 2 kommt auf den Fall des Abs. 3 nicht zur Anwendung. Macht z. B. A. dem B., welcher Vormund des X. ist, eine Offerte, und es ist weder ausdrücklich erklärt noch aus den Umständen zu entnehmen, daß die Offerte dem X. gemacht sein sollte, so ist sie dem B. gemacht. A. kann aber diese Offerte wegen Irrthums unter den Voraussetzungen des § 119 anfechten, wenn er sie dem X. machen wollte. Hierin liegt der Unterschied gegen Abs. 2: Der Wille des A., die Offerte nicht dem B., sondern dem X. zu machen, kann in Betracht kommen.

Erklärenden, sondern im Namen eines Anderen vorgenommen worden ist, trifft den, der behauptet, daß die Wirkungen des Rechtsgeschäfts nicht in der Person des Erklärenden, sondern in der Person des Anderen eingetreten seien. [7])

IV. Die rechtliche Natur der Vertretung besteht darin, daß der Vertreter seinen Willen erklärt, daß aber die Wirkungen dieser Willenserklärung unmittelbar auf den Vertretenen bezogen werden [8]). Hieraus ergiebt sich:

1. Der Vertreter muß willensfähig sein. Ist er geschäftsunfähig, so ist sowohl die von ihm als die ihm gegenüber abgegebene Erklärung nichtig. Dagegen ist nicht erforderlich, daß der Vertreter unbeschränkt geschäftsfähig ist. Der beschränkt Geschäftsfähige kann nur sich selbst nicht verpflichten, wohl aber kann er Rechte und Pflichten für einen Anderen als dessen Vertreter begründen [9]). Es ist selbstverständlich, daß diese Vorschrift nur das Verhältniß des Vertretenen nach außen betrifft: der Vertretene erwirbt Rechte und Pflichten auch durch einen beschränkt geschäftsfähigen Vertreter. Nach innen, für das zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen vorliegende obligatorische Verhältniß (Auftrag, Dienstvertrag u. s. w.), greifen die Wirkungen der beschränkten Geschäftsfähigkeit Platz. § 165.

2. Das Vorhandensein und die rechtlichen Folgen der Willensmängel werden nach der Person des Vertreters beurtheilt. Die Nichtigkeit im Falle des § 116 Satz 2 tritt somit nur ein, wenn der Vertreter den dem anderen Theile bekannten geheimen Vorbehalt gemacht hat, das Erklärte nicht zu wollen. Die Simulation des § 117 erfordert ein Einverständniß zwischen dem Vertreter und dem anderen Theile. Bedient sich der Vertretene, der mit dem anderen Theile über den Scheincharakter des Geschäfts einverstanden ist, eines Vertreters, der von dieser Simulationsabsicht nichts gewußt hat, so ist das Geschäft gültig, denn der Vertreter hat es ernstlich gewollt und dies wirkt für und gegen den Vertretenen, trotz seines entgegengesetzten Willens. Auch für die Nichtigkeit des § 118 ist die Meinung und die Erwartung des Vertretenen gleichgültig. Wegen Irrthums ist eine Willenserklärung nur an- § 166.

[7]) Die Ansicht des RG. (Bd. 3 S. 122), daß die Behauptung des Beklagten, er habe den Vertrag, aus dem er in Anspruch genommen ist, nicht im eigenen Namen, sondern als Vertreter eines Anderen geschlossen, Bestreiten des Klagegrundes ist, und daß daher den Kläger die Beweislast trifft (vergl. auch RG. Bd. 2 S. 194, in welcher in etwas künstlicher Weise zwischen Beweislast und Beweisführung unterschieden wird), ist nicht mehr zutreffend. Aus § 164 Abs. 2 ergiebt sich, daß, wer Vertretung behauptet, beweisen muß, daß der Wille, in fremdem Namen zu handeln, erkennbar — in Gemäßheit des Abs. 1 — hervorgetreten ist. Umgekehrt ist die Beweislast geregelt im § 1357 Abs. 1 S. 2. Weiteres über die Beweislast, insbesondere darüber, daß der Beklagte zunächst nur zu behaupten und zu beweisen hat, daß er im Namen eines Anderen gehandelt, nicht auch, daß er Vertretungsmacht gehabt habe, siehe unten § 55 Anm. 7. — Selbstverständlich ist, daß, wer den Vertretenen in Anspruch nimmt, beweisen muß, daß der Vertreter im Namen des Vertretenen gehandelt und daß er Vertretungsmacht gehabt hat oder daß der Vertretene genehmigt hat. Derselbe Beweis liegt dem Vertretenen ob, wenn er aus einem Rechtsgeschäfte des Vertreters Rechte für sich herleitet.

[8]) „Das Geschäft ist ein Geschäft des Vertreters; aber es wird dem Vertretenen so zugerechnet, als ob es von ihm vorgenommen worden wäre.“ M. I S. 226.

[9]) Die Vorschrift des § 165 gilt für den gesetzlichen Vertreter wie für den Bevollmächtigten. Jedoch greift für den Vormund die Ausnahme des § 1780 Platz, so daß der § 165 nur zur Anwendung kommt, wenn der Vormund minderjährig ist oder unter vorläufiger Vormundschaft steht (vergl. § 1781 Ziffer 1). (Vergl. § 2201.) Rücksichtlich des Inhabers der elterlichen Gewalt ist zu bemerken, daß die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit das Ruhen der Gewalt zur Folge hat (§ 1676 Abs. 2), und daß dann auf Grund des § 1678 der § 165 außer Anwendung bleibt.

fechtbar, wenn der Vertreter sich im Irrthume befunden hat[10]), und auch für die Frage der Erheblichkeit des Irrthums kommt es lediglich darauf an, ob bei Kenntniß der Sachlage der Vertreter die Erklärung abgegeben hätte. Täuschung und Drohung müssen, um die Anfechtbarkeit[11]) zu begründen, gegen den Vertreter verübt sein[12]). Alles dies gilt in gleicher Weise für die gesetzliche wie für die rechtsgeschäftliche Vertretung[13]).

3. Auch das Kennen und Kennenmüssen bestimmt sich überall, wo es von rechtlicher Bedeutung ist, lediglich nach der Person des Vertreters[14]). Eine Ausnahme tritt in dieser Beziehung jedoch ein, wenn der Vertreter ein Bevollmächtigter[15]) ist und nach bestimmten, ihm von dem Vollmachtgeber ertheilten

---

[10]) Daraus folgt zunächst, daß der Vertretene wegen seines Irrthums ein Geschäft nicht anfechten kann, das der Vertreter ohne Irrthum abgeschlossen hat. Sein Irrthum würde unter Umständen nur die Vollmachtsertheilung anfechtbar machen (vergl. das Beispiel in Anm. 17). Wie aber in dem umgekehrten Falle, wenn der Vertreter sich im Irrthume befunden hat, der Vertretene aber nicht? A. weiß, daß das Bild, welches B. als sein Vertreter kaufen soll, kein Original ist. B. kauft das Bild in der irrigen Meinung, es sei ein Original, aber zu dem ihm von A. bestimmten Preise (Beispiel von Cosack I § 67 unter 6). Kann A. wegen des Irrthums des B. anfechten? Offenbar nein, seiner Anfechtung würde die exceptio doli entgegenstehen (Rehbein S. 259). Man kann auch sagen, daß das Geschäft allerdings wegen des Irrthums des B. anfechtbar ist, daß diese Anfechtung aber nach § 144 ausgeschlossen ist, weil das Geschäft vom Anfechtungsberechtigten bestätigt ist. Die Bestätigung des § 144 wird allerdings regelmäßig dem Abschlusse des Geschäfts nachfolgen, es ist aber logisch nicht ausgeschlossen, daß sie schon vorher erfolgt.

[11]) Das Anfechtungsrecht steht natürlich dem Vertretenen zu, der es wieder durch einen Vertreter ausüben kann.

[12]) Ebenso ist eine Willenserklärung anfechtbar, wenn der Vertreter den anderen Theil zur Abgabe der Erklärung durch Täuschung oder Drohung bestimmt hat, selbst wenn der Vertretene hiervon keine Kenntniß hatte. Andererseits ist das Geschäft aber auch anfechtbar, wenn der Vertretene selbst die Täuschung oder Drohung verübt hat, ohne Rücksicht darauf, ob der Vertreter davon Kenntniß hatte. Die Ausnahmevorschrift des § 123 Abs. 2 kommt hier nicht zur Anwendung, denn der Vertretene ist kein Dritter. — Vergl. M. I S. 228.

[13]) Ueber den Fall, daß die Ertheilung der Vollmacht auf Irrthum, Täuschung oder Drohung beruht, s. unten § 52 unter 4.

[14]) So insbesondere in den Fällen der §§ 892, 932. Ebenso beseitigt in den Fällen der §§ 460, 464 die Kenntniß des Vertreters von dem Mangel die Gewährleistungs-Ansprüche des Vertretenen. Hat ein Dritter den Mitkontrahenten des Vertreters arglistig getäuscht, so ist die Seitens des Mitkontrahenten dem Vertreter gegenüber abgegebene Willenserklärung anfechtbar, wenn der Vertreter die Täuschung kannte oder kennen mußte. § 123 Abs. 2 S. 1. Vergl. Rehbein S. 257, 258. Für die in der Praxis häufig vorkommende Frage, inwieweit der pfändende Gläubiger gewisse dem Gerichtsvollzieher bei der Pfändung bekannt gewordene Umstände gegen sich gelten lassen müsse, ist allerdings davon auszugehen, daß der Gerichtsvollzieher Vertreter des Gläubigers ist und daß daher der § 166 zur Anwendung kommt. (Vergl. RG. Bd. 39 S. 160 ff.) Andererseits ist dagegen zu beachten, daß die Vollmacht des Gerichtsvollziehers eine eng umgrenzte ist (§ 754 CPO.). In irgend welchem weiteren Umfange hat er keine Vertretungsmacht, daher berührt insbesondere eine etwaige Kenntniß des Gerichtsvollziehers von der Zahlungseinstellung des Schuldners den Gläubiger nicht. Vergl. RG. Bd. 9 S. 361 ff. A. M. Jäger KO. Anm. 20 zu § 30.

[15]) Auf den Fall der gesetzlichen Vertretung ist der § 166 Abs. 2 nicht anwendbar. Es ist aber zu beachten, daß es sich im § 166 lediglich um die Frage der Wirksamkeit der Erklärung selbst handelt: Das Wissen des Vertretenen beeinflußt nicht die Wirksamkeit der Erklärung, wenn der gesetzliche Vertreter sich in Unkenntniß befand. Hiermit ist aber nicht gesagt, daß das Wissen des Vertretenen nicht andere Folgen, insbesondere unter Umständen eine Schadensersatzpflicht, nach sich ziehen kann. In dem Beispiele von Cosack (I § 67 unter 5): Der minderjährige A. weiß, daß sein Freund B. Werthpapiere gestohlen hat, aber nicht zu verkaufen wagt; er bittet seinen Vormund C., die Papiere für ihn zu erwerben, was dieser gutgläubig thut, erwirbt allerdings nach §§ 932, 935 Abs. 2 A. das Eigenthum. Aber A. hat sich einer strafbaren Handlung schuldig gemacht (St.GB. § 257 ff.), er ist dem Bestohlenen schadensersatzpflichtig und daher an erster Stelle zur Herausgabe der Papiere (§ 249) verpflichtet. Vergl. Rehbein S. 258, 259.

Weisungen[16]) die Erklärung abgegeben hat. Zwar ist auch in diesem Falle an erster Stelle das Kennen und Kennenmüssen des Vertreters entscheidend: auch wenn bestimmte Weisungen ertheilt sind, schaden das Kennen und das Kennenmüssen des Vertreters dem Vertretenen, selbst wenn dieser die Umstände weder kannte noch kennen mußte. Hat aber der Vollmachtgeber Umstände gekannt oder kennen müssen, die der Vertreter nicht gekannt hat, so kann er auf diese Unkenntniß des Bevollmächtigten sich nicht berufen[17]). Ob die dem Bevollmächtigten ertheilten Weisungen den Inhalt der Vollmacht selbst beeinflussen, also diese beschränken, oder ob dies nicht der Fall ist, die Weisungen vielmehr nur das interne Verhältniß zwischen dem Vollmachtgeber und dem Bevollmächtigten berühren, ist für die Anwendung des § 166 Abs. 2 gleichgültig[18]). Hat aber der Bevollmächtigte ohne solche Weisungen gehandelt, so ist das Kennen und Kennenmüssen des Vertretenen unerheblich[19]).

4. Auch für sonstige Umstände, bei denen es auf den Willen ankommt, ist die Person des Vertreters entscheidend; so insbesondere für die Auslegung der Willenserklärung, die Feststellung des Sinnes der gebrauchten Ausdrücke u. s. w.

---

[16]) Als Eigenthümer des dem A. gehörigen Grundstücks ist nach dessen Tode sein Bruder B. als einziger gesetzlicher Erbe eingetragen worden. X. weiß, daß A. ein Testament errichtet hat, in welchem er den C. zum Erben eingesetzt hat. X bevollmächtigt den Z., der hiervon keine Kenntniß hat, für ihn das Grundstück von B. zu erwerben. Trotz der Gutgläubigkeit des Z. hat X. das Eigenthum am Grundstücke nicht erworben. C. hat gegen ihn den Berichtigungsanspruch.

[17]) Nur für das Kennen und Kennenmüssen gilt die Ausnahme des § 166 Abs. 2. Willensmängel werden auch bei dem nach bestimmten Weisungen handelnden Bevollmächtigten lediglich aus dessen Person beurtheilt. A. will ein bestimmtes Bild von X. kaufen. Er bevollmächtigt den B. zum Abschlusse des Kaufes und ertheilt ihm aus Irrthum die Weisung, ein anderes Bild von X. zu kaufen. Der zwischen B. und X. über das falsche Bild geschlossene Kauf kann nicht wegen Irrthums angefochten werden. Dagegen kann unter den Voraussetzungen des § 119 A. die dem B. ertheilte Vollmacht wegen Irrthums anfechten. Dann hat B. als Vertreter ohne Vertretungsmacht gehandelt und haftet dem X. nach § 179. B. seinerseits kann von A. Ersatz des negativen Interesses nach § 122 fordern.

[18]) Der § 166 Abs. 2 kommt daher auch auf den Prokuristen, dessen Vollmacht eine unbeschränkbare ist und der durch Weisungen immer nur dem Inhaber des Handelsgeschäfts gegenüber gebunden wird, zur Anwendung. Vergl. S. Goldmann, S. 214 unter 2.

[19]) Wortlaut und Entstehungsgeschichte (vergl. § 118 E. I, M. I S. 227, Prot. I S. 140 ff.) lassen keinen Zweifel, daß der § 166 Abs. 2 nicht zur Anwendung kommt, wenn der Bevollmächtigte ohne Weisungen des Vollmachtgebers handelt. Es kann nicht zugegeben werden, daß, wie Rehbein (S. 258, 259) meint, diese Anwendung des § 166 Abs. 2 zu „dem Rechtsbewußtsein widersprechenden ungesunden Ergebnissen" führt, und daß die Praxis die Vorschrift „dem Bedürfnisse des Verkehrs und dem Rechtsbewußtsein entsprechend" wird gestalten müssen. Soll, fragt Rehbein, der Prokurist gestohlene Werthpapiere für den Prinzipal wirksam erwerben können, obgleich dieser von dem Diebstahle Kenntniß hat? Diese Frage ist unbedingt zu bejahen. Oder entspricht es etwa dem Rechtsbewußtsein mehr, daß der Prinzipal, obwohl er selbst zum Ankaufe der Papiere nicht das Geringste gethan hat, und obgleich er selbst sie nie erworben hätte, weil er eben von dem Diebstahle Kenntniß hatte, jetzt die Papiere, nachdem sein Prokurist sie in gutem Glauben mit den Mitteln des Prinzipals erworben hat, herausgeben und unschuldiger Weise den Verlust tragen soll? Oder ein anderes Beispiel: Der Prinzipal hat Waare besichtigt und, weil er gewisse Mängel in Erfahrung gebracht hat, von dem Ankauf Abstand genommen. Hierauf kauft der Prokurist die Waare, ohne die Mängel zu kennen. Soll der Prinzipal nach § 460 keine Gewährleistung fordern können, weil er die Mängel gekannt hat? Rehbein unterstellt den Fall, daß der Prinzipal beim Ankaufe der gestohlenen Werthpapiere durch seinen Prokuristen zugegen ist, und fragt, ob auch in diesem Falle der Prinzipal das Eigenthum erwirbt. Die Antwort ist: er erwirbt zwar das Eigenthum, er ist aber dem Bestohlenen, dem er in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zugefügt hat, schadensersatzpflichtig.

fechtbar, wenn der Vertreter sich im Irrthume befunden hat[10]), und auch für die Frage der Erheblichkeit des Irrthums kommt es lediglich darauf an, ob bei Kenntniß der Sachlage der Vertreter die Erklärung abgegeben hätte. Täuschung und Drohung müssen, um die Anfechtbarkeit[11]) zu begründen, gegen den Vertreter verübt sein[12]). Alles dies gilt in gleicher Weise für die gesetzliche wie für die rechtsgeschäftliche Vertretung[13]).

3. Auch das Kennen und Kennenmüssen bestimmt sich überall, wo es von rechtlicher Bedeutung ist, lediglich nach der Person des Vertreters[14]). Eine Ausnahme tritt in dieser Beziehung jedoch ein, wenn der Vertreter ein Bevollmächtigter[15]) ist und nach bestimmten, ihm von dem Vollmachtgeber ertheilten

---

[10]) Daraus folgt zunächst, daß der Vertretene wegen seines Irrthums ein Geschäft nicht anfechten kann, das der Vertreter ohne Irrthum abgeschlossen hat. Sein Irrthum würde unter Umständen nur die Vollmachtsertheilung anfechtbar machen (vergl. das Beispiel in Anm. 17). Wie aber in dem umgekehrten Falle, wenn der Vertreter sich im Irrthume befunden hat, der Vertretene aber nicht? A. weiß, daß das Bild, welches B. als sein Vertreter kaufen soll, kein Original ist. B. kauft das Bild in der irrigen Meinung, es sei ein Original, aber zu dem ihm von A. bestimmten Preise (Beispiel von Cosack I § 67 unter 6). Kann A. wegen des Irrthums des B. anfechten? Offenbar nein, seiner Anfechtung würde die exceptio doli entgegenstehen (Rehbein S. 259). Man kann auch sagen, daß das Geschäft allerdings wegen des Irrthums des B. anfechtbar ist, daß diese Anfechtung aber nach § 144 ausgeschlossen ist, weil das Geschäft vom Anfechtungsberechtigten bestätigt ist. Die Bestätigung des § 144 wird allerdings regelmäßig dem Abschlusse des Geschäfts nachfolgen, es ist aber logisch nicht ausgeschlossen, daß sie schon vorher erfolgt.

[11]) Das Anfechtungsrecht steht natürlich dem Vertretenen zu, der es wieder durch einen Vertreter ausüben kann.

[12]) Ebenso ist eine Willenserklärung anfechtbar, wenn der Vertreter den anderen Theil zur Abgabe der Erklärung durch Täuschung oder Drohung bestimmt hat, selbst wenn der Vertretene hiervon keine Kenntniß hatte. Andererseits ist das Geschäft aber auch anfechtbar, wenn der Vertretene selbst die Täuschung oder Drohung verübt hat, ohne Rücksicht darauf, ob der Vertreter davon Kenntniß hatte. Die Ausnahmevorschrift des § 123 Abs. 2 kommt hier nicht zur Anwendung, denn der Vertretene ist kein Dritter. — Vergl. M. I S. 228.

[13]) Ueber den Fall, daß die Ertheilung der Vollmacht auf Irrthum, Täuschung oder Drohung beruht, s. unten § 52 unter 4.

[14]) So insbesondere in den Fällen der §§ 892, 932. Ebenso beseitigt in den Fällen der §§ 460, 464 die Kenntniß des Vertreters von dem Mangel die Gewährleistungs-Ansprüche des Vertretenen. Hat ein Dritter den Mitkontrahenten des Vertreters arglistig getäuscht, so ist die Seitens des Mitkontrahenten dem Vertreter gegenüber abgegebene Willenserklärung anfechtbar, wenn der Vertreter die Täuschung kannte oder kennen mußte. § 123 Abs. 2 S. 1. Vergl. Rehbein S. 257, 258. Für die in der Praxis häufig vorkommende Frage, inwieweit der pfändende Gläubiger gewisse dem Gerichtsvollzieher bei der Pfändung bekannt gewordene Umstände gegen sich gelten lassen müsse, ist allerdings davon auszugehen, daß der Gerichtsvollzieher Vertreter des Gläubigers ist und daß daher der § 166 zur Anwendung kommt. (Vergl. RG. Bd. 39 S. 160 ff.) Andererseits ist dagegen zu beachten, daß die Vollmacht des Gerichtsvollziehers eine eng umgrenzte ist (§ 754 CPO.). In irgend welchem weiteren Umfange hat er keine Vertretungsmacht, daher berührt insbesondere eine etwaige Kenntniß des Gerichtsvollziehers von der Zahlungseinstellung des Schuldners den Gläubiger nicht. Vergl. RG. Bd. 9 S. 361 ff. A. M. Jäger KO. Anm. 20 zu § 30.

[15]) Auf den Fall der gesetzlichen Vertretung ist der § 166 Abs. 2 nicht anwendbar. Es ist aber zu beachten, daß es sich im § 166 lediglich um die Frage der Wirksamkeit der Erklärung selbst handelt: Das Wissen des Vertretenen beeinflußt nicht die Wirksamkeit der Erklärung, wenn der gesetzliche Vertreter sich in Unkenntniß befand. Hiermit ist aber nicht gesagt, daß das Wissen des Vertretenen nicht andere Folgen, insbesondere unter Umständen eine Schadensersatzpflicht, nach sich ziehen kann. In dem Beispiele von Cosack (I § 67 unter 5): Der minderjährige A. weiß, daß sein Freund B. Werthpapiere gestohlen hat, aber nicht zu verkaufen wagt; er bittet seinen Vormund C., die Papiere für ihn zu erwerben, was dieser gutgläubig thut, erwirbt allerdings nach §§ 932, 935 Abs. 2 A. das Eigenthum. Aber A. hat sich einer strafbaren Handlung schuldig gemacht (St.GB. § 257 ff.), er ist dem Bestohlenen schadensersatzpflichtig und daher an erster Stelle zur Herausgabe der Papiere (§ 249) verpflichtet. Vergl. Rehbein S. 258, 259.

Weisungen[16]) die Erklärung abgegeben hat. Zwar ist auch in diesem Falle an erster Stelle das Kennen und Kennenmüssen des Vertreters entscheidend: auch wenn bestimmte Weisungen ertheilt sind, schaden das Kennen und das Kennenmüssen des Vertreters dem Vertretenen, selbst wenn dieser die Umstände weder kannte noch kennen mußte. Hat aber der Vollmachtgeber Umstände gekannt oder kennen müssen, die der Vertreter nicht gekannt hat, so kann er auf diese Unkenntniß des Bevollmächtigten sich nicht berufen[17]). Ob die dem Bevollmächtigten ertheilten Weisungen den Inhalt der Vollmacht selbst beeinflussen, also diese beschränken, oder ob dies nicht der Fall ist, die Weisungen vielmehr nur das interne Verhältniß zwischen dem Vollmachtgeber und dem Bevollmächtigten berühren, ist für die Anwendung des § 166 Abs. 2 gleichgültig[18]). Hat aber der Bevollmächtigte ohne solche Weisungen gehandelt, so ist das Kennen und Kennenmüssen des Vertretenen unerheblich[19]).

4. Auch für sonstige Umstände, bei denen es auf den Willen ankommt, ist die Person des Vertreters entscheidend; so insbesondere für die Auslegung der Willenserklärung, die Feststellung des Sinnes der gebrauchten Ausdrücke u. s. w.

---

[16]) Als Eigenthümer des dem A. gehörigen Grundstücks ist nach dessen Tode sein Bruder B. als einziger gesetzlicher Erbe eingetragen worden. X. weiß, daß A. ein Testament errichtet hat, in welchem er den C. zum Erben eingesetzt hat. X bevollmächtigt den Z., der hiervon keine Kenntniß hat, für ihn das Grundstück von B. zu erwerben. Trotz der Gutgläubigkeit des Z. hat X. das Eigenthum am Grundstücke nicht erworben. C. hat gegen ihn den Berichtigungsanspruch.

[17]) Nur für das Kennen und Kennenmüssen gilt die Ausnahme des § 166 Abs. 2. Willensmängel werden auch bei dem nach bestimmten Weisungen handelnden Bevollmächtigten lediglich aus dessen Person beurtheilt. A. will ein bestimmtes Bild von X. kaufen. Er bevollmächtigt den B. zum Abschlusse des Kaufes und ertheilt ihm aus Irrthum die Weisung, ein anderes Bild von X. zu kaufen. Der zwischen B. und X. über das falsche Bild geschlossene Kauf kann nicht wegen Irrthums angefochten werden. Dagegen kann unter den Voraussetzungen des § 119 A. die dem B. ertheilte Vollmacht wegen Irrthums anfechten. Dann hat B. als Vertreter ohne Vertretungsmacht gehandelt und haftet dem X. nach § 179. B. seinerseits kann von A. Ersatz des negativen Interesses nach § 122 fordern.

[18]) Der § 166 Abs. 2 kommt daher auch auf den Prokuristen, dessen Vollmacht eine unbeschränkbare ist und der durch Weisungen immer nur dem Inhaber des Handelsgeschäfts gegenüber gebunden wird, zur Anwendung. Vergl. S. Goldmann, S. 214 unter 2.

[19]) Wortlaut und Entstehungsgeschichte (vergl. § 118 E. I, M. I S. 227, Prot. I S. 140 ff.) lassen keinen Zweifel, daß der § 166 Abs. 2 nicht zur Anwendung kommt, wenn der Bevollmächtigte ohne Weisungen des Vollmachtgebers handelt. Es kann nicht zugegeben werden, daß, wie Rehbein (S. 258, 259) meint, diese Anwendung des § 166 Abs. 2 zu „dem Rechtsbewußtsein widersprechenden ungesunden Ergebnissen“ führt, und daß die Praxis die Vorschrift „dem Bedürfnisse des Verkehrs und dem Rechtsbewußtsein entsprechend“ wird gestalten müssen. Soll, fragt Rehbein, der Prokurist gestohlene Werthpapiere für den Prinzipal wirksam erwerben können, obgleich dieser von dem Diebstahle Kenntniß hat? Diese Frage ist unbedingt zu bejahen. Oder entspricht es etwa dem Rechtsbewußtsein mehr, daß der Prinzipal, obwohl er selbst zum Ankaufe der Papiere nicht das Geringste gethan hat, und obgleich er selbst sie nie erworben hätte, weil er eben von dem Diebstahle Kenntniß hatte, jetzt die Papiere, nachdem sein Prokurist sie in gutem Glauben mit den Mitteln des Prinzipals erworben hat, herausgeben und unschuldiger Weise den Verlust tragen soll? Oder ein anderes Beispiel: Der Prinzipal hat Waare besichtigt und, weil er gewisse Mängel in Erfahrung gebracht hat, von dem Ankauf Abstand genommen. Hierauf kauft der Prokurist die Waare, ohne die Mängel zu kennen. Soll der Prinzipal nach § 460 keine Gewährleistung fordern können, weil er die Mängel gekannt hat? Rehbein unterstellt den Fall, daß der Prinzipal beim Ankaufe der gestohlenen Werthpapiere durch seinen Prokuristen zugegen ist, und fragt, ob auch in diesem Falle der Prinzipal das Eigenthum erwirbt. Die Antwort ist: er erwirbt zwar das Eigenthum, er ist aber dem Bestohlenen, dem er in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zugefügt hat, schadensersatzpflichtig.

5. Die Wirkungen der Willenserklärung dagegen treten in der Person des Vertretenen ein. Nach diesem sind daher insbesondere die Fragen der Erwerbsfähigkeit, der rechtlichen Zulässigkeit der Willenserklärung zu entscheiden. Ist die Form eines Rechtsgeschäfts von der persönlichen Eigenschaft des dasselbe Vornehmenden abhängig, so ist gleichfalls die Person des Vertretenen, nicht die des Vertreters entscheidend[20]).

IV. Für das kontraktliche Verschulden des Vertreters hat der Vertretene wie für sein eigenes aufzukommen, ebenso haftet er in denjenigen Fällen, in welchen das Gesetz eine Haftung für culpa in contrahendo vorschreibt, für ein solches Verhalten des Vertreters. Dagegen ist eine allgemeine Haftung des Vertretenen für außerkontraktliches Verschulden des Vertreters nicht begründet.[21])

§ 181.

§ 51. Das Kontrahieren des Vertreters mit sich selbst.

I. Es ist an sich logisch denkbar und rechtlich zulässig,[1]) daß ein Vertreter ein Rechtsgeschäft im Namen des Vertretenen mit sich selbst vornimmt, ferner daß er zwei Personen derart vertritt, daß er ein Rechtsgeschäft im Namen des einen Vertretenen mit sich als dem Vertreter des Anderen vornimmt. Wenn das BGB. ein derartiges Kontrahieren des Vertreters mit sich selbst verbietet, so geschieht dies, um Interessen-Kollisionen und die Schädigung des Vertretenen zu verhüten.[2])

II. Das Verbot betrifft sowohl die Vornahme eines einseitigen empfangsbedürftigen Rechtsgeschäfts[3]) als den Abschluß eines Vertrags, und richtet sich sowohl an den gesetzlichen Vertreter wie an den Bevollmächtigten. Das gegen das Verbot vorgenommene Rechtsgeschäft ist nichtig. Es kann durch die Genehmigung des Vertretenen keine Wirksamkeit erlangen, sondern muß von Neuem vorgenommen werden.[4])

III. Das Gesetz läßt jedoch zwei Ausnahmen von dem Verbote zu:

1. Das von einem Vertreter mit sich selbst — sei es im eigenen Namen, sei es als Vertreter eines Dritten — vorgenommene Rechtsgeschäft ist wirksam, wenn ihm die Vornahme gestattet ist. Bei dem gesetzlichen Vertreter, dessen Befugnisse im Gesetze genau umschrieben sind, muß die Gestattung auf dem Gesetze beruhen, bei dem Bevollmächtigten beruht sie auf dem Willen des Vollmacht-

---

[20]) Uebernimmt z. B. A. als Vertreter des B. in dessen Namen eine Bürgschaft, so kommt es für die Form (§ 766 BGB., § 350 HGB.) darauf an, ob der Vertretene B. Kaufmann ist, wie überhaupt die Frage, ob ein Geschäft ein Handelsgeschäft ist, nach der Person des Vertretenen zu beurtheilen ist.

[21]) Vergl. §§ 31, 278, 831. M. I S. 228, Rehbein S. 258.

[1]) Vergl. insbes. Entscheidung des RG. Bd. 6 S. 11 ff. M. I S. 224.

[2]) Prot. I S. 175, 176, 519, Pr. II S. 73 ff. — Daß ein Vertreter einen Prozeß nicht im Namen des Vertretenen mit sich selbst im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten führen kann, ergiebt sich aus dem Begriffe des Rechtsstreits (RG. Bd. 7 S. 404 ff.). Vergl. auch § 185 CPO. Begrifflich unzulässig ist es, daß Jemand einen Vertrag im eigenen Namen mit sich selbst gleichfalls im eigenen Namen abschließt. Es kann daher der Eigenthümer zweier Grundstücke nicht eine Grunddienstbarkeit auf dem einen zu Gunsten des anderen bestellen, da er die nach § 873 erforderliche Einigung nicht mit sich selbst vornehmen kann. Vergl. RG. in J. W. 1901 S. 101 ff. Vergl. jedoch § 1009.

[3]) Ist also z. B. der Verwalter eines Hauses zugleich Miether in demselben, so kann er die Kündigung nicht sich selbst erklären. — Auf einseitige nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen findet das Verbot des § 761 keine Anwendung. (Seuffert's Archiv Bd. 56 S. 79.)

[4]) Prot. II S. 73, 74. Vergl. dagegen § 458.

gebers. Die Gestattung kann in diesem Falle stillschweigend erklärt sein, sich auch aus den Umständen ergeben.[5])

2. Eine weitere Ausnahme greift dann Platz, wenn das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Nimmt der Vertreter dieses Rechtsgeschäft im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen vor, so ist es gleichgültig, ob er Gläubiger oder Schuldner ist. Er kann mit Wirksamkeit den Gegenstand der Leistung aus seinem Vermögen in das des Vertretenen, aus dessen Vermögen in sein eigenes, aus dem Vermögen des einen Vertretenen in das des Anderen überführen.[6])

IV. Soweit dem Vertreter die Vornahme des Rechtsgeschäfts mit sich selbst gestattet ist, darf diese Vornahme kein bloßer innerer Vorgang bleiben, sondern muß in einer auch für Dritte erkennbaren Weise in die Erscheinung treten, etwa durch Verlautbarung vor Zeugen oder einer Urkundsperson, und insbesondere, wenn es sich um die Erfüllung einer Verbindlichkeit handelt, durch thatsächliche Ueberführung des Gegenstandes der Leistung aus dem einen Vermögen in das andere oder mindestens durch eine Buchung der Erfüllung.[7])

V. Ist die wirksame Vornahme des Rechtsgeschäfts nach Maßgabe des § 181 zulässig, so kommen im Uebrigen die allgemeinen Grundsätze der Vertretung zur Anwendung. Vor allem muß dem Vertreter die Vertretungsmacht zur Vornahme des Rechtsgeschäfts zugestanden haben. Hat er die Erfüllung einer Verbindlichkeit des Vertretenen an sich selbst vorgenommen, ohne hierzu Vertretungsmacht zu haben, so kommen die Grundsätze von der Vertretung ohne Vertretungsmacht zur Anwendung.[8]) — Hat er das Rechtsgeschäft im Namen des Vertretenen mit sich als Vertreter eines Dritten vorgenommen, so ist es gleichgültig, ob er ausdrücklich erklärt hat, daß er im Namen des Dritten handele oder ob sich dies aus den Umständen ergiebt. Ist aber sein Wille, im Namen des Dritten zu handeln, nicht erkennbar hervorgetreten, so kommt der Mangel seines Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht. (§ 164 Abs. 2.)[9])

§ 52. Begriff und Ertheilung der Vollmacht.

§ 167 Abs. 1.

1. Die Vollmacht ist die auf Rechtsgeschäft beruhende Ermächtigung, Jemanden zu vertreten (§ 166 Abs. 2 Satz 1). Das Rechtsgeschäft, durch

---

[5]) Vergl. S. Goldmann S. 219 unter bb. Staub S. 228 Anm. 11.

[6]) Darüber, daß zu den Rechtsgeschäften, die „ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit bestehen", nicht auch die Aufrechnung gehört, vergl. S. Goldmann S. 218 unter aa gegen Rehbein S. 255; ferner Cosack I § 68 unter 2a. Erfüllung ist im BGB. nicht ein allgemeiner Begriff, der jedes Erlöschen der Verbindlichkeit in sich schließt, sondern bedeutet dasjenige Erlöschen eines Schuldverhältnisses, welches durch die Bewirkung der geschuldeten Leistung herbeigeführt wird. (§ 362.) Die Erklärung einer Aufrechnung an sich selbst kann Seitens des Vertreters nur erfolgen, wenn ihm die Vornahme dieses Rechtsgeschäfts gestattet worden ist.

[7]) M. I S. 224, Planck Anm. 1 zu § 181.

[8]) A. bevollmächtigt den B., für ihn eine Summe Geldes bei einer Bank zu erheben und ihm das Geld abzuliefern. B. erhebt das Geld und befriedigt sich aus diesem wegen einer ihm gegen A. zustehenden Forderung. Hierzu hatte er keine Vollmacht, er hat also mit sich zwar als Vertreter des A., aber ohne Vertretungsmacht kontrahiert. Vergl. Planck Anm. 2 zu § 181.

[9]) A. bevollmächtigt den Theaterkassierer B., für ihn zu einer bestimmten Vorstellung Theaterbillets zu kaufen. B., der seinerseits von dem Theaterdirektor mit dem Verkaufe der Billets bevollmächtigt ist, verkauft Billets an sich als Vertreter des A. Sein Wille, für A. zu handeln, tritt aber nicht erkennbar hervor. Dann ist er der Käufer und haftet dem Direktor für den Kaufpreis.

welches die Vollmacht ertheilt wird, ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. Erklärungsempfänger ist entweder der zu Bevollmächtigende oder der Dritte, dem gegenüber der zu Bevollmächtigende den Vollmachtgeber vertreten soll. Die Ertheilung der Vollmacht bedarf also weder der Annahme noch auch nur der Kenntniß Seitens des zu Bevollmächtigenden.[1])

2. Die Vollmacht ist begrifflich ein selbständiges Rechtsgeschäft des Inhalts, daß dem Bevollmächtigten die Befugniß ertheilt wird, eine Willenserklärung im Namen des Vollmachtgebers abzugeben. Die Vollmacht ist in der Regel mit einem Auftrag oder einem Dienstvertrage verbunden. Aber nothwendig ist das nicht. Einerseits kann ein Auftrag oder ein Dienstvertrag ohne Ertheilung einer Vollmacht vorliegen, wenn nämlich der Beauftragte oder der Dienstverpflichtete im eigenen Namen handeln soll, andererseits kann eine Vollmacht ohne einen Auftrag oder einen Dienstvertrag ertheilt werden.[2]) Auch wenn die Vollmacht mit einem Auftrage verbunden ist,[3]) bewahrt sie doch ihren selbständigen Charakter. In Folge des Auftrags ist der Beauftragte verpflichtet, das ihm übertragene Geschäft zu besorgen (§ 662); geht der Auftrag dahin, daß er hierbei im Namen des Auftraggebers handeln soll, so ist die Vollmacht das hinzutretende selbständige Geschäft, welches den Beauftragten in den Stand setzt, den Auftrag auszuführen.[4])

3. Aus der rechtlichen Selbständigkeit der Vollmacht folgt jedoch nicht, daß sie nicht von dem zu Grunde liegenden Geschäft abhängig gemacht werden kann. Die Vollmacht kann sowohl abstrakt als kausal ertheilt werden[5]). Sie ist abstrakt ertheilt, wenn der Wille des Vollmachtgebers dahin geht, daß sie selbst dann zu Recht bestehen soll, wenn das zu Grunde liegende Geschäft nicht wirksam ist[6]); sie ist kausal, wenn das Entstehen und Bestehen der Vollmacht davon abhängig gemacht ist, daß auch das zu Grunde liegende Geschäft wirksam ist. Die kausale Ertheilung der Vollmacht bildet im Leben die Regel. Wer Jemandem den Auftrag ertheilt, ein Rechtsgeschäft für ihn und in seinem Namen vorzunehmen, will in der Regel nur beides zusammen, nicht auch das Eine ohne das Andere. Kommt der Auftrag nicht wirksam zu Stande, z. B. weil der Beauftragte ihn nicht annimmt oder weil der Beauftragte in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist und der gesetzliche Vertreter seine Zustimmung

---

[1]) Der Vermiether A. erklärt seinem Miether B., daß er den C. zum Verwalter seines Hauses bestelle. B. kündigt die Wohnung durch ein an C. gerichtetes Schreiben. In dem Zeitpunkt, in welchem dieses Schreiben dem C. zugeht, ist die Kündigung wirksam erfolgt, wenn C. auch von der ihm ertheilten Vollmacht keine Kenntniß hat.

[2]) Es kann das zu Grunde liegende Rechtsgeschäft ein Gesellschaftsvertrag sein; es kann ferner die Vollmacht lediglich im Interesse des Bevollmächtigten (z. B. es wird Jemandem eine Forderung verpfändet und der Pfandgläubiger zugleich ermächtigt, die Forderung im Namen des Gläubigers einzuziehen) oder eines Dritten (z. B. um dem Schuldner die Zahlung zu erleichtern wird ein Bankier zur Empfangnahme des Geldes im Namen des Gläubigers ermächtigt) ertheilt werden. M. I S. 229, Planck Anm. 1 zu § 167.

[3]) Beauftragt A. den B., eine Forderung in seinem Namen einzuziehen, so liegt hierin zweierlei: erstens der Auftrag, der als Vertrag der Annahme bedarf, zweitens die Ertheilung der Vollmacht.

[4]) Vergl. M. I S. 229. Die Selbständigkeit der Vollmacht auch in diesem Falle zeigt sich besonders darin, daß sie sich mit dem Auftrage nicht zu decken braucht, sondern weiter gehen kann, als dieser. Es kann die Vertretungsmacht unbeschränkt, der Auftrag aber ein beschränkter sein.

[5]) Vergl. Planck Anm. 3 zu § 167, Neumann Anm. 1 zu § 168.

[6]) Eine abstrakte Ertheilung der Vollmacht wird insbesondere dann vorliegen, wenn sie durch Erklärung dem Dritten gegenüber ertheilt wird, ohne daß der zu Bevollmächtigende selbst Kenntniß davon hat. Vergl. das Beispiel in Anm. 1.

zum Vertrage nicht ertheilt, so ist auch die Vollmacht nicht wirksam geworden, obwohl an sich ihrer Wirksamkeit weder der Mangel der Annahme noch die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit des Bevollmächtigten entgegensteht. Ist das zu Grunde liegende Rechtsgeschäft (der Auftrag, der Dienstvertrag) nichtig oder anfechtbar und angefochten, so wird in der Regel auch die in Veranlassung des Rechtsgeschäfts ertheilte Vollmacht wirkungslos sein [7]).

4. Die Nichtigkeit und die Anfechtbarkeit der Vollmachtsertheilung richten sich nach den allgemeinen Grundsätzen. Insbesondere ist hervorzuheben, daß ein Irrthum des Vollmachtgebers, eine gegen ihn verübte arglistige Täuschung oder widerrechtliche Drohung das von dem Bevollmächtigten vorgenommene Rechtsgeschäft nicht unmittelbar berührt, vielmehr kann gegebenen Falles aus diesem Grunde nur die Ertheilung der Vollmacht angefochten werden. Die Wirkung der Anfechtung ist dann die, daß die Ertheilung der Vollmacht nichtig ist, und daß das von dem Bevollmächtigten vorgenommene Rechtsgeschäft so anzusehen ist, als sei es von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht vorgenommen [8]). Die Rechtslage gestaltet sich dann folgendermaßen:

a) Ist die Vollmachtsertheilung wegen Irrthums angefochten, so haftet der Bevollmächtigte aus dem von ihm abgeschlossenen Vertrage dem anderen Theile persönlich in Gemäßheit des § 179 [9]). Er hat seinerseits den Rückgriff auf den Vollmachtgeber auf Grund des § 122.

b) Die Anfechtung der Vollmachtsertheilung wegen arglistiger Täuschung ist zulässig, falls die Täuschung von demjenigen ausgegangen ist, welchem gegenüber die Ertheilung der Vollmacht erklärt worden ist. Ist also die Vollmachtsertheilung dem zu Bevollmächtigenden gegenüber erklärt worden, so berechtigt ein von diesem begangener Betrug zur Anfechtung. Für den von ihm geschlossenen Vertrag haftet er nach § 179 persönlich. Ist die Ertheilung der Vollmacht dem Dritten, dem gegenüber die Vertretung stattfinden sollte, erklärt worden und hat dieser den Vollmachtgeber getäuscht, so greift, wenn die Vollmachtsertheilung angefochten worden ist, die Vorschrift des § 179 Abs. 3 statt, denn die Kenntniß der Anfechtbarkeit steht der Kenntniß der Nichtigkeit gleich. Ist die arglistige Täuschung nicht von dem Erklärungsempfänger verübt, so ist die Anfechtung nach § 123 Abs. 2 nur zulässig, wenn dieser die Täuschung kannte oder kennen mußte. [10]) Hat der Erklärungsempfänger die Täuschung nicht gekannt oder kennen müssen, so ist eine Anfechtung nicht zulässig. Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Vollmacht durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden ertheilt ist und dieser den von einem Dritten verübten Be-

---

[7]) Zum Schutze des Dritten gereichen die Vorschriften der §§ 170—173.

[8]) So ist es auch, wenn die Vollmachtsertheilung nach §§ 116 S. 2, 117 Abs. 1, 118 nichtig ist; der Bevollmächtigte ist in Wirklichkeit Vertreter ohne Vertretungsmacht und haftet als solcher, im Falle des § 118 hat er in Gemäßheit des § 122 den Rückgriff auf den Vollmachtgeber.

[9]) Es sei denn, daß die Vollmacht in Gemäßheit der §§ 170, 171, 172 als bestehend anzusehen ist.

[10]) Die Folgen ergeben sich von selbst: a) Die Vollmacht ist durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden ertheilt und dieser hat die von einem Dritten verübte Täuschung gekannt oder kennen müssen, so haftet er aus dem von ihm abgeschlossenen Geschäfte nach § 179, wobei wieder die Vorschriften der §§ 170—173 zu beachten sind. Ist der Dritte, der den Vollmachtgeber getäuscht hat, der Mitkontrahent selbst, so steht seinem Anspruche der § 179 Abs. 3 entgegen. b) Die Vollmacht ist durch Erklärung gegenüber dem Mitkontrahenten ertheilt, und dieser hat die von einem Dritten (z. B. dem Bevollmächtigten) verübte Täuschung gekannt oder kennen müssen, so kommt § 179 Abs. 3 zur Anwendung.

trug nicht gekannt hat und nicht hat kennen müssen, selbst wenn der Dritte, mit welchem der Bevollmächtigte auf Grund der Vollmacht das Rechtsgeschäft vorgenommen hat, den Betrug gekannt hat oder hat kennen müssen, ja sogar, wenn er den Betrug selbst verübt hat. Es sind gegen ihn nur Schadensersatzansprüche aus der unerlaubten Handlung gegeben.[11])

c) Ist der Vollmachtgeber widerrechtlich durch Drohung zur Ertheilung der Vollmacht bestimmt worden, so ist die Vollmachtsertheilung anfechtbar, gleichgültig, wer die Drohung verübt hat. Der Bevollmächtigte haftet nach der Anfechtung — vorbehaltlich der Vorschriften der §§ 170—173 — als Vertreter ohne Vertretungsmacht, es sei denn, daß seine Haftung nach § 179 Abs. 3 ausgeschlossen ist. Einen Rückgriff hat er nur gegen denjenigen, der die widerrechtliche Drohung verübt hat, und zwar auf Schadensersatz wegen der unerlaubten Handlung.

§ 167 Abs. 2. 5. Die Vollmachtsertheilung kann selbst dann formlos erfolgen, wenn das Rechtsgeschäft, welches auf Grund der Vollmacht vorgenommen werden soll, an eine Form gebunden ist.[12]) Auch stillschweigend kann die Vollmacht ertheilt werden. Eine stillschweigende Bevollmächtigung wird immer dann vorliegen, wenn Jemand für einen Anderen ein Rechtsgeschäft vornehmen soll, das er nur als Vertreter des Anderen vornehmen kann.[13])

---

[11]) Dieser Fall ist besonders von praktischer Bedeutung. A. fragt den B. an, ob dieser sein Grundstück erwerben wolle und täuscht ihn hierbei arglistig über den Werth des Grundstücks. B. bevollmächtigt in Folge dessen den C., das Grundstück von A. zu kaufen. C., der von den falschen Vorspiegelungen keine Kenntniß hat, kauft das Grundstück im Namen des B. von A. Der Kauf selbst ist nach § 166 nicht anfechtbar. Die Vollmachtsertheilung ist zwar auch durch die Täuschung veranlaßt, sie ist aber nach § 123 Abs. 2 S. 1 nicht anfechtbar, da die Ertheilung der Vollmacht dem B. erklärt ist, und dieser den Betrug weder kannte noch kennen mußte. Es bleibt also nur eine Schadensersatzklage des B. gegen A. Planck (Anm. 4 zu § 167) nimmt allerdings an, daß die Anfechtung nach § 123 Abs. 2 S. 2 zulässig ist, ebenso Rehbein S. 266. Vergl. dagegen Prot. I S. 142. (Ein Antrag — Prot. I S. 140 unter 5 — die Anfechtung in diesem Falle zuzulassen, ist abgelehnt worden.) Zu bemerken ist, daß, insoweit durch den Betrug ein nach § 119 erheblicher Irrthum hervorgerufen worden ist, die Vollmachtsertheilung wegen Irrthums angefochten werden kann. Dann würde der Vollmachtgeber aus dem Kaufe nicht haften, und der Bevollmächtigte gleichfalls nicht nach § 179 Abs. 3.

[12]) Es kann also z. B. die Vollmacht zum Abschluß eines Vertrags des § 313 formlos ertheilt werden. — Ausnahmen in den §§ 1945 Abs. 2, 1955, ferner HGB. § 12 Abs. 2 (öffentlich beglaubigte Vollmacht zur Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister), § 252 (schriftliche Vollmacht zur Ausübung des Stimmrechts eines Aktionärs). Vergl. ferner GBO. §§ 29, 30, 32; ZVG. § 71, RFG. §§ 13, 107—109, CPO. § 80.

[13]) Wenn A. den B. beauftragt, eine ihm zustehende Forderung einzuziehen, so liegt hierin zugleich eine stillschweigende Vollmachtsertheilung, da B. die Forderung nur im Namen des A. einziehen kann. Wenn A. den B. beauftragt, für ihn ein Buch zu kaufen, so liegt hierin keine Vollmacht, da B. das Buch auch im eigenen Namen kaufen kann. Ist der Auftrag z. B. auf den Erwerb eines Grundstücks gerichtet, so kann darin eine Vollmacht erblickt werden, weil es ungewöhnlich ist, ein solches mit großen Verpflichtungen verbundenes Geschäft im eigenen Namen vorzunehmen. Auch die Person des Beauftragten ist von Wichtigkeit: ein einem Bankier ertheilter Auftrag zum An- oder Verkaufe von Werthpapieren enthält keine Vollmacht, da es die Regel ist, daß der Bankier solche Geschäfte als Kommissionär im eigenen Namen vornimmt; ein einem Rechtsanwalt ertheilter Auftrag enthält eine Vollmacht, da es die Regel ist, daß der Rechtsanwalt in fremdem Namen handelt. Auch die Vorschrift des § 714 beruht auf diesem Gedanken. Eine sog. vermuthete Vollmacht im Sinne der §§ 119 ff. I 13 ALR. — nach denen übrigens nicht vermuthet wurde, daß die betreffende Person bevollmächtigt sei, sondern daß ihre Erklärung genehmigt werden würde, §§ 126—128 a. a. O. — kennt das BGB. nicht. Die Vorschriften über Vertretung ohne Vertretungsmacht kommen zur Anwendung. Fälle einer gesetzlich vermutheten Vollmacht s. im § 370 BGB., § 56 HGB. — Ueber stillschweigende Ertheilung einer Handlungsvollmacht vergl. S. Goldmann S. 245 unter 2a.

§ 174.

6. Eine mittelbare Nöthigung, eine Vollmachtsurkunde auszustellen, enthält die zum Schutze Dritter gegebene Vorschrift des § 174. Nimmt Jemand im Namen eines Anderen als dessen Bevollmächtigter [14]) ein einseitiges Rechtsgeschäft, [15]) z. B. eine Kündigung, vor, so ist der Erklärungsempfänger schwer in der Lage zu prüfen, ob Vollmacht ertheilt, das Rechtsgeschäft also wirksam ist. Deswegen ist der Erklärungsempfänger, falls er nicht durch den Vollmachtgeber von der Bevollmächtigung in Kenntniß gesetzt ist, berechtigt, die Erklärung zurückzuweisen, wenn der Bevollmächtigte nicht eine Vollmachtsurkunde [16]) vorlegt. Die Zurückweisung muß unverzüglich erfolgen und hat die Folge, daß die Erklärung unwirksam ist. Wird die Vollmachtsurkunde nach der Zurückweisung vorgelegt, so macht diese Vorlegung die Erklärung nicht wirksam, vielmehr kann dieser Vorlegung nur die Bedeutung einer neuen Erklärung beigelegt werden. Die Beweislast ist nach der Fassung des Gesetzes dahin geregelt, daß derjenige, der die Unwirksamkeit der Erklärung behauptet, beweisen muß, daß die Vollmachtsurkunde nicht vorgelegt [17]) und aus diesem Grunde die unverzügliche Zurückweisung erfolgt ist. Der andere Theil hat hingegen zu beweisen, daß der Vollmachtgeber den Anderen von der Bevollmächtigung in Kenntniß gesetzt hatte; eine auf andere Weise erlangte Kenntniß kommt nicht in Betracht. [18])

---

[14]) Für den gesetzlichen Vertreter besteht eine solche Vorschrift nicht. Kündigt z. B. der Vormund im Namen des Mündels, so kann von ihm nicht verlangt werden, daß er sich irgend wie legitimiert. Der andere Theil wird meist auch unschwer die Vertretungsmacht feststellen können.

[15]) Für Verträge war eine dem § 174 entsprechende Vorschrift nicht erforderlich. Eine einseitige Willenserklärung (Kündigung, Mahnung, Fristsetzung u. s. w.) muß der Erklärungsempfänger entgegennehmen; ob er einen Vertrag abschließen will, hängt meist von seinem freien Willen ab. Er kann also, wenn ihm die Vertretungsmacht zweifelhaft ist, davon Abstand nehmen. In den Fällen, in denen man zum Abschluß eines Vertrags verpflichtet ist, z. B. auf Grund eines Vorvertrags, kommt auf das Verlangen, den Vertrag abzuschließen, wieder die Vorschrift des § 174 zur Anwendung. Ebenso kommt § 174 zur Anwendung, wenn A. dem B. eine Offerte gemacht hat und C. diese Offerte als Bevollmächtigter des B. annimmt. Denn die Annahme einer Offerte ist ein einseitiges Rechtsgeschäft; vergl. oben § 46 Anm. 7. Die von Cosack (I § 67 unter 16) geäußerten Bedenken liegen in Wirklichkeit nicht vor.

[16]) Fast allgemein (s. z. B. Cosack I § 67, Rehbein S. 261) wird gelehrt, die Zurückweisung könne erfolgen, wenn der Bevollmächtigte nicht eine schriftliche Vollmachtsurkunde vorlegt. Dies sagt der § 174 aber nicht. Er spricht vielmehr allgemeiner davon, daß „eine" Vollmachtsurkunde vorzulegen ist. Wie diese beschaffen sein muß, hängt von der Lage des einzelnen Falles und von der Verkehrssitte ab. Der Zweck der Vorschrift des § 174 ist, dem anderen Theile Gewißheit darüber zu verschaffen, ob das Rechtsgeschäft von einem wirklichen Bevollmächtigten ausgeht (M. I S. 240). In jedem einzelnen Falle ist nach den konkreten Umständen zu prüfen, ob dieser Zweck durch eine bloße schriftliche Vollmachtsurkunde erreicht wird, oder ob der andere Theil nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte eine beglaubigte Vollmacht zu verlangen berechtigt ist. Liegt kein besonderer Anlaß vor, die Echtheit der Vollmacht zu bezweifeln, stellt sie sich vielmehr nach Form und Inhalt als echt dar, ist insbesondere der Bevollmächtigte eine vertrauenswürdige Person (ein Notar, ein Rechtsanwalt), so muß man sich in der Regel mit einer schriftlichen Vollmacht begnügen. Soll dagegen z. B. Jemand eine bedeutende Summe an einen Bevollmächtigten auszahlen, so wird man ihm nicht zumuthen können, dies auf eine unbeglaubigte Vollmacht hin zu thun. Vergl. auch § 80 Abs. 2 CPO.

[17]) Diese Frage ist zweifelhaft und bestritten. Vergl. Planck Anm. zu § 174, dagegen Anm. 2 zu § 359. Neumann Anm. 5 zu § 111. Nach der Fassung des Gesetzes ist die Nichtvorlegung Voraussetzung der Unwirksamkeit. Dies erscheint auch zutreffend. An sich ist das von dem Bevollmächtigten vorgenommene Rechtsgeschäft wirksam, die Unwirksamkeit ist eine unter besonderen Voraussetzungen eintretende Ausnahme. Wer die Unwirksamkeit behauptet, muß ihre Voraussetzungen beweisen. Auch § 122 E. I regelte die Beweislast in diesem Sinne.

[18]) Die Kündigung einer Wohnung zum 1. October muß vertragsmäßig am

7. Der Umfang der Vertretungsmacht des Bevollmächtigten hängt von dem Willen des Machtgebers ab: der Bevollmächtigte ist nur zur Vornahme derjenigen Rechtsgeschäfte befugt, zu denen der Vollmachtgeber ihn ermächtigt hat. Wozu er aber ermächtigt ist, ist durch Auslegung der Vollmachtsertheilung zu ermitteln. Vorschriften, nach denen gewisse Geschäfte in der Vollmachtsertheilung besonders erwähnt werden müssen, wenn der Bevollmächtigte zu ihrer Vornahme befugt sein soll (sog. Spezialvollmacht), hat das BGB. nicht.[19]) Ebenso ist es Auslegungsfrage, ob bei der Bestellung mehrerer Bevollmächtigter nur alle zusammen, oder jeder für sich handeln dürfe. (Vergl. § 710 S. 2.)

8. Auch hinsichtlich der Frage, ob der Bevollmächtigte befugt ist, seine Vollmacht ganz oder zum Theil auf einen Anderen zu übertragen (sog. Substitutionsbefugniß), enthält sich das Gesetz jeder Vorschrift.[20]) Der Wille des Vollmachtgebers ist durch Auslegung festzustellen. Hierbei ist das entscheidende Gewicht darauf zu legen, ob die Natur des dem Bevollmächtigten übertragenen Geschäfts ein besonderes Vertrauen erfordert oder nicht.[21]) Ist ersteres der Fall, so ist die Substitutionsbefugniß ausgeschlossen. — Hat der Bevollmächtigte befugter Weise einen Vertreter bestellt, so kommt § 164 zur Anwendung. Die Rechtsgeschäfte des Substituten berechtigen und verpflichten den Vollmachtgeber, nicht den Bevollmächtigten. War der Bevollmächtigte zur Bestellung des Substituten nicht ermächtigt, so handelt dieser als Vertreter ohne Vertretungsmacht.

§§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 1. Ob eine Vollmachtsertheilung wirklich erfolgt ist, ob also derjenige, welcher sich als Bevollmächtigter eines Anderen ausgiebt, diesen wirklich zu vertreten befugt ist, hat in der Regel der zu prüfen, mit welchem Jemand als Vertreter eines Anderen ein Rechtsgeschäft vornimmt.[22]) Dieser Prüfung ist man aber überhoben, wenn Jemand selbst kundgiebt, daß er einen Anderen bevollmächtigt habe. Durch eine solche Kundgebung erklärt er, daß die von ihm bezeichnete Person als sein Bevollmächtigter betrachtet werden soll, selbst wenn die Bevollmächtigung nicht oder nicht wirksam erfolgt ist.[23]) Die bezeichnete

30. Juni erfolgen. Der Verwalter kündigt durch ein Schreiben, welches am 29. Juni dem Miether zugeht. Dieser antwortet an demselben Tage, daß er die Kündigung nicht annehme, weil ihm keine Vollmachtsurkunde vorgelegt ist. Legt der Verwalter die Urkunde am 30. Juni vor, so ist die Kündigung rechtzeitig erfolgt. Eine nochmalige Kündigung braucht nicht erklärt zu werden, in der Vorlegung der Urkunde liegt die stillschweigende Erklärung, daß die Kündigung aufrecht erhalten werde. Legt der Verwalter die Urkunde erst am 1. Juli vor, so ist die Kündigung verspätet. — „Aus diesem Grunde" muß die Zurückweisung erfolgen. Antwortet der Miether, er nehme die Kündigung nicht an, weil sie verspätet sei, weil dem Vermiether ein Kündigungsrecht nicht zustehe, so kann er sich später nicht darauf berufen, daß die Vollmachtsurkunde nicht vorgelegt worden sei.

[19]) Vergl. über diese Frage die eingehende Darstellung in M. I S. 230—232. — Der Umfang der Vollmacht ist gesetzlich geregelt im HGB. §§ 49 (Prokura), 54 (Handlungsvollmacht), 126 (Vertretungsmacht des Gesellschafters), 231, 235 (des Vorstandes der Aktiengesellschaft), CPO. §§ 81 ff. (Prozeßvollmacht), 754, 755 (Vollmacht des Gerichtsvollziehers), u. s. w.

[20]) Ueber die Substitutionsbefugniß des Prozeßbevollmächtigten vergl. § 81 CPO. und RG. Bd. 11 S. 368 ff. (zur vollständigen Uebertragung der Vollmacht auf einen Anderen ist er nicht befugt).

[21]) Vergl. § 664. Beruht die Ertheilung der Vollmacht auf einem Auftrage, so ist die Substitutionsbefugniß in der Regel ausgeschlossen.

[22]) Deswegen ist eben bei einseitigen empfangsbedürftigen Willenserklärungen, denen man sich nicht entziehen kann, die Sondervorschrift des § 174 gegeben.

[23]) Da diese Kundgebung somit in ihren Wirkungen der Vollmachtsertheilung gleichsteht, so wird man auf sie — mag man sie auch als ein Rechtsgeschäft nicht ansehen, vergl. Planck Anm. 1 zu § 171, Anm. 1 zu § 172; Fischer-Henle Anm. 2 zu § 172 — doch die Vorschriften über Rechtsgeschäfte anwenden müssen. Es sind also insbesondere die besondere Mittheilung und die öffentliche Bekanntmachung des § 171 Abs. 1 und die Aus-

Person ist daher zur Vertretung befugt, gleichgültig, ob sie bevollmächtigt ist oder ob die Bevollmächtigung nichtig oder anfechtbar und angefochten ist.[24]) Die Kundgebung kann durch eine besondere Mittheilung an einen Dritten erfolgen; in diesem Falle ist der als bevollmächtigt Bezeichnete diesem Dritten gegenüber zur Vertretung befugt. Dieser besonderen Mittheilung steht es gleich, wenn der Vollmachtgeber dem Vertreter eine Vollmachtsurkunde ausgehändigt hat[25]) und der Vertreter sie dem Dritten vorlegt. Die Kundgebung kann ferner durch öffentliche Bekanntmachung[26]) erfolgen; es tritt dann die bezeichnete Wirkung jedem Dritten gegenüber ein.

§ 53. Das Erlöschen der Vollmacht.

1. Die Ertheilung der Vollmacht erfolgt regelmäßig in kausalem Zusammenhange mit dem zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfte. Wie daher von dem wirksamen Zustandekommen dieses Rechtsgeschäfts in der Regel das Entstehen der Vollmacht abhängt, so ist von seinem Fortbestehen auch der Fortbestand der Vollmacht abhängig. Mit der Beendigung des zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfts erlischt auch die Vollmacht. Im Einzelnen ergiebt sich demgemäß Folgendes: §§ 168, 169.

a) Ist das zu Grunde liegende Rechtsgeschäft ein Auftrag, so erlischt die Vollmacht, wenn der Auftraggeber den Auftrag widerruft, oder der Beauftragte ihn kündigt[1]) (§ 671). Der Tod oder die Geschäftsunfähigkeit des Auftraggebers

---

händigung der Vollmachtsurkunde wegen Irrthums, Drohung und Täuschung anfechtbar. — Vergl. Hachenburg S. 272, 273.

[24]) Ob dies auch dann gilt, wenn der Dritte das Fehlen oder die Nichtigkeit oder die Anfechtbarkeit der Vollmacht gekannt hat oder hat kennen müssen, kann zweifelhaft sein. Der § 173 führt die §§ 171 Abs. 1 und 172 Abs. 1 nicht mit an. Jedoch wird man annehmen müssen, daß, was vom Erlöschen der Vertretungsmacht gilt, auch gelten muß, wenn eine solche überhaupt nicht vorlag. Vergl. Planck Anm. 3 zu § 167; A. M. Cosack I 67 unter 1. — Die §§ 171, 172 sind auch dann von Bedeutung, wenn zwar Vollmacht ertheilt, diese aber beschränkter ist als die Kundgebung; auch in diesem Falle ist letztere maßgebend.

[25]) In der Aushändigung der Vollmachtsurkunde wird also regelmäßig ein Doppeltes liegen: die Vollmachtsertheilung und der Wille, diese Vollmachtsertheilung dem Dritten kundzugeben. Diese Kundgebung, welche in der Vorlegung der Vollmachtsurkunde liegt, hat ihre wichtige Bedeutung dann, wenn die Vollmachtsertheilung selbst unwirksam ist. Vergl. M. I S. 238; Planck Anm. 2 zu § 172.

[26]) Wie die öffentliche Bekanntmachung zu erfolgen habe, ist nicht vorgeschrieben. Die Bekanntmachung muß so erfolgen, daß ihr Inhalt dem Publikum, d. h. einer unbestimmten Anzahl von Personen bekannt werden soll und bekannt zu werden geeignet ist (Zeitungsinserat, öffentlicher Anschlag). Ein Anschlag, der nur dazu bestimmt ist, einer bestimmten Anzahl von Personen bekannt zu werden, ist keine öffentliche Bekanntmachung, kann aber unter Umständen als eine besondere Mittheilung an diese Personen angesehen werden.

[1]) Während der Vollmachtgeber auf den Widerruf der Vollmacht nur unter besonderen Voraussetzungen verzichten kann, richtet sich die Frage, inwieweit der Bevollmächtigte die Vollmacht kündigen und auf dieses Kündigungsrecht verzichten kann, nach dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse. Ist dieses ein Auftrag, so kann der Beauftragte, wenn er auf das Recht, den Auftrag zu kündigen, verzichtet hat, auch die Vollmacht nicht kündigen, es sei denn, daß ein wichtiger Grund vorliegt (§ 671 Abs. 3). Liegt der Vollmachtsertheilung ein Dienst- oder Werkvertrag zu Grunde, so kann der Bevollmächtigte die Vollmacht überhaupt nur kündigen, wenn er gleichzeitig den Dienst- oder Werkvertrag zu kündigen berechtigt ist. Insbesondere kann also ein Rechtsanwalt die ihm ertheilte Vollmacht nach Maßgabe des § 627 kündigen. — Ist die Vollmacht abstrakt ertheilt, so ist der Bevollmächtigte überhaupt nicht verpflichtet, von derselben Gebrauch zu machen. Eine solche Verpflichtung kann nie auf der Vollmachtsertheilung, sondern immer nur auf dem kausalen Vertrage beruhen.

hat im Zweifel ein Erlöschen der Vollmacht nicht zur Folge (§ 672 S. 1)[2]), dagegen erlischt die Vollmacht im Zweifel durch den Tod und den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Beauftragten (§ 673)[3])[4]). Wird über das Vermögen des Auftraggebers der Konkurs eröffnet, so erlischt die Vollmacht, außer, wenn sie sich nicht auf das zur Konkursmasse gehörige Vermögen bezieht (§ 23 KO.)[5]). Wird über das Vermögen des Beauftragten der Konkurs eröffnet, so bleibt die Vollmacht bis zum Widerruf oder der Aufkündigung bestehen. Erlischt die Vollmacht, ohne daß der Bevollmächtigte von dem Erlöschungsgrunde Kenntniß hat[6]), insbesondere durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Auftraggebers (§ 23 Abs. 1 Satz 2 KO.), so gilt die Vollmacht zu Gunsten des Bevollmächtigten so lange als fortbestehend, bis er das Erlöschen kennt oder kennen muß (§§ 674, 169). Das von ihm in Unkenntniß des Erlöschens der Vollmacht im Namen des Vertretenen vorgenommene Rechtsgeschäft berechtigt und verpflichtet nur den Vertretenen. Auf dieses fingierte Fortbestehen der Vollmacht kann sich jedoch derjenige Dritte nicht berufen, welcher bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts das Erlöschen der Vollmacht gekannt hat oder hat kennen müssen (§ 169). Der Dritte erwirbt in diesem Falle keine Rechte gegen den Vertretenen und an den Vertreter selbst kann er sich auf Grund der Vorschrift des § 179 Abs. 3 nicht halten.

b) Beruht die Vollmacht auf einem Dienstvertrag oder einem Werkvertrage, so gilt im Wesentlichen dasselbe (§ 675 BGB., § 23 Abs. 2 KO.).

c) Ist das der Vollmacht zu Grunde liegende Rechtsgeschäft ein Gesellschaftsvertrag, so endigt die Vollmacht des zur Vertretung der anderen Gesellschafter ermächtigten Gesellschafters, wenn ihm die Vertretungsmacht wegen des Vorliegens eines wichtigen Grundes entzogen worden ist (§§ 712 Abs. 1, 715); ebenso endigt seine Vollmacht, wenn er die Geschäftsführung, auf Grund deren ihm die Vollmacht ertheilt worden ist, nach § 712 Abs. 2 kündigt. Die Vollmacht des vertretungsberechtigten Gesellschafters endigt ferner, wenn die Gesellschaft selbst in Gemäßheit der §§ 723—728 endigt[7]). Auch in diesen Fällen wird die Vertretungsmacht des vertretungsberechtigten Gesellschafters so lange als fortbestehend fingiert, bis er das Erlöschen kennt oder kennen muß (§ 729), jedoch kann hierauf der Dritte, der seinerseits das Erlöschen kennt oder kennen muß, sich nicht berufen (§ 169).

---

[2]) Ebenso erlischt die Vollmacht erst recht nicht, wenn eine Beschränkung der Geschäftsfähigkeit des Auftraggebers eintritt. Vergl. für die Prokura § 52 Abs. 3 HGB. und für die Prozeßvollmacht § 86 CPO.

[3]) Daß der Auftrag durch den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Beauftragten erlischt, ist im Gesetze nicht besonders ausgesprochen, ergiebt sich aber daraus, daß der Auftrag auf dem Vertrauen des Auftraggebers zu dem Beauftragten beruht. Vergl. M. II S. 549. Die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit des Beauftragten hat nicht unter allen Umständen das Erlöschen des Auftrags und somit das Erlöschen der Vollmacht zur Folge. Es ist nach dem Inhalte des Auftrags zu beurtheilen, ob es der Wille des Auftraggebers war, daß das übertragene Geschäft auch von einem beschränkt Geschäftsfähigen besorgt werden sollte (vergl. Planck Anm. 2 zu § 673).

[4]) Auch die Vorschriften der §§ 672 S. 2, 673 S. 2 gelten für die Vollmacht: insoweit, als der Beauftragte oder der Erbe des Beauftragten trotz des Erlöschens des Auftrags das Geschäft fortzusetzen hat, gilt auch die Vollmacht als fortbestehend.

[5]) Auch in diesem Falle gilt die Ausnahme des § 672 S. 2 (KO. § 23 Abs. 1 S. 2).

[6]) Die Vorschrift des § 674 gilt nicht, wenn die Vollmacht durch Widerruf des Auftrags erlischt. Der Widerruf ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, sie wird daher mit dem Zugehen wirksam, ohne Rücksicht auf die Kenntniß. Vergl. Planck Anm. 1 zu § 674.

[7]) Hier hat also auch der Konkurs über das Vermögen des vertretungsberechtigten Gesellschafters nach § 728 das Erlöschen der Vollmacht zur Folge.

2. Nach dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse bestimmt sich ferner die Frage, ob trotz des Fortbestehens des Rechtsverhältnisses die Vollmacht dennoch erlischt. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn aus dem kausalen Rechtsgeschäfte sich ergiebt, daß die Vollmacht nur für eine bestimmte Zeit oder bis zum Eintritt eines gewissen Ereignisses ertheilt sein sollte.

3. Die Vollmacht erlischt ferner durch Widerruf. Dieser Widerruf ist selbst dann zulässig, wenn das zu Grunde liegende Rechtsverhältniß fortbesteht. Diese Vorschrift ist zwar bedeutungslos für den Fall, daß das kausale Geschäft ein Auftrag ist. Denn auch der Auftrag ist jederzeit widerruflich (§ 671), und mit dem Widerrufe des Auftrags erlischt auch die Vollmacht auf Grund der Vorschrift des § 168 S. 1. Auch für die Gesellschaft ist die Vorschrift nicht von Bedeutung, da für diese die Sondervorschrift des § 715 gilt. Von großer praktischer Bedeutung ist die freie Widerruflichkeit der Vollmacht, wenn ihrer Ertheilung ein Dienstvertrag oder ein Werkvertrag zu Grunde liegt; denn wenn auch der Berechtigte von diesem Vertrage selbst nicht zurücktreten kann[8]), so kann er doch eine auf Grund dieses Verhältnisses ertheilte Vollmacht jederzeit widerrufen.[9])

4. Die freie Widerruflichkeit der Vollmacht bildet jedoch nur die Regel. Sie tritt nicht ein, wenn sich aus dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältniß ein Anderes ergiebt (§ 168 S. 2). Dies ist dann der Fall, wenn zwischen den Betheiligten der Widerruf der Vollmacht ausdrücklich oder stillschweigend ausgeschlossen worden ist. Ist ein solcher Ausschluß vereinbart, so bleibt noch zu prüfen, ob diese Vereinbarung wirksam ist. Für die Regel wird davon auszugehen sein, daß auf den Widerruf der Vollmacht nicht wirksam verzichtet werden kann. Die Vollmacht ist ein Vertrauensverhältniß. Der Vollmachtgeber ist in weitem Umfange von dem Willen des Bevollmächtigten abhängig, denn dieser erklärt seinen eigenen Willen und die Folgen muß der Vollmachtgeber tragen. Es verstößt gegen die guten Sitten, die Verpflichtung einzugehen, ein bloßes Vertrauensverhältniß bestehen lassen zu müssen, obwohl das Vertrauen geschwunden ist, und ebensowenig kann man sich rechtsgeschäftlich verpflichten, die Unterwerfung unter einen fremden Willen bestehen zu lassen. Man wird demgemäß den Ausschluß der Widerruflichkeit nur dann als zulässig erachten können, wenn die Vollmachtsertheilung nicht oder nicht ausschließlich im Interesse des Vollmachtgebers erfolgt ist, wenn sie vielmehr auch den Interessen des Bevollmächtigten oder den Interessen des Dritten, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll, zu dienen bestimmt ist.[10]) Im letz-

[8]) Im § 675 ist der § 671 Abs. 1 nicht mit angeführt, ein willkürlicher Widerruf ist natürlich ausgeschlossen.

[9]) Vergl. Planck Anm. 2 zu § 168. — Der Widerruf der Vollmacht berührt an sich den Dienst- oder Werkvertrag nicht. Eine Vergütung steht dem Verpflichteten nicht auf Grund der Vollmachtsertheilung, die ja nur eine einseitige Willenserklärung des Vollmachtgebers ist, sondern auf Grund des kausalen Vertrags zu. Da dieser bestehen bleibt, so behält der Verpflichtete trotz des Widerrufs der Vollmacht seinen Anspruch auf Vergütung. Der im § 52 HGB. enthaltene Zusatz: „unbeschadet des Anspruchs auf die vertragsmäßige Vergütung" ist selbstverständlich und gilt auch für das BGB. Vergl. S. Goldmann S. 234 unter II.

[10]) Vergl. Planck Anm. 2 zu § 168, S. Goldmann S. 232 unter 1 und S. 247 unter 4, Staub Exkurs zu § 58 Anm. 70, Rehbein S. 274, 275. Die Motive (I S. 233) bemerken: „Der Vollmachtsempfänger kommt auch durch die Vollmacht nur in die Rechtslage eines zum rechtlichen Handeln in fremdem Interesse Ermächtigten, nicht in diejenige eines Berechtigten." In diesem Satze, — dem nur hinzuzufügen ist, daß dies die regelmäßige Gestaltung der Sache ist, die Lage aber auch eine andere sein kann, — liegt der entscheidende Gesichtspunkt. Enthält die Bevollmächtigung für den Bevollmächtigten nur eine Ermächti-

teren Falle muß die Vereinbarung des Ausschlusses des Widerrufs, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend, mit dem Dritten erfolgt sein.[11])

5. Der Widerruf der Vollmacht ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Er kann sowohl dem Bevollmächtigten als dem Dritten gegenüber erklärt werden (§ 168 S. 3). Es kommt hierbei nicht darauf an, wem gegenüber die Vollmachtsertheilung erklärt worden ist. Auch wenn diese durch Erklärung gegenüber dem Dritten erfolgt ist, erlischt die Vollmacht, wenn der Widerruf dem Bevollmächtigten erklärt ist.

6. Ist die Vollmacht abstrakt ertheilt, so entfallen die aus dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse zu entnehmenden Erlöschungsgründe. Die Vollmacht erlischt in diesem Falle insbesondere durch Widerruf[12]) und ferner, wenn in der Ertheilung selbst das Erlöschen unter gewissen Umständen bestimmt ist, mit dem Eintritte dieser Umstände.

§ 175. 7. Ist die Vollmacht erloschen,[13]) so ist der Bevollmächtigte verpflichtet, dem Vollmachtgeber die Vollmachtsurkunde zurückzugeben. Diese Verpflichtung besteht auf Grund der bloßen Thatsache des Erlöschens der Vollmacht und ohne Rücksicht darauf, ob etwa das zu Grunde liegende Rechtsverhältniß fortbesteht und ob dem Bevollmächtigten aus diesem Rechtsverhältniß irgend welche Ansprüche zustehen, insbesondere steht ihm wegen solcher Ansprüche ein Zurückbehaltungsrecht an der Urkunde nicht zu.[14])[15]) Der Vollmachtgeber hat zu

---

gung, lediglich in fremdem Interesse zu handeln, ohne daß er oder der Dritte ein eigenes vermögensrechtliches Interesse daran hat, daß von dieser Ermächtigung Gebrauch gemacht wird, so kann die Widerruflichkeit nicht ausgeschlossen werden. Sollte dagegen dem Bevollmächtigten oder dem Dritten ein Recht eingeräumt werden, zu dessen Verwirklichung die Vollmachtsertheilung erfolgt ist, so kann auch der Ausschluß des Widerrufs vereinbart werden. Ja es ist in diesem Falle nicht einmal die besondere Vereinbarung erforderlich, vielmehr ist der Ausschluß als stillschweigend vereinbart anzusehen. Die Protokolle (I S. 144) geben folgende Beispiele: A. ermächtigt den B., eine dem A. gehörige Forderung auf eigene Kosten beizutreiben und einen Theil als Prämie für sich zu behalten. (Dieses Beispiel ist bedenklich; der Fall ist richtiger dahin zu entscheiden, daß zwischen A. und B. ein Gesellschaftsvertrag vorliegt und daß die dem B. ertheilte Vertretungsmacht ihm nur nach § 715 entzogen werden kann). Ferner: die seitens des Grundstücks-Eigenthümers dem Hypothekengläubiger ertheilte Ermächtigung, die Miethzinsen zu erheben und auf die Hypothekenzinsen zu verrechnen. Ein weiteres Beispiel ist folgendes: Auf Grund des § 313 muß eine Grundstücks-Offerte gerichtlich oder notariell sein. Der Zweck, den Eigenthümer eine Zeit lang zu binden, kann auch etwa auf folgendem Wege erreicht werden: A. ermächtigt den B., das Grundstück zu einem bestimmten Preise und unter bestimmten Bedingungen zu verkaufen, und zwar auch an sich selbst (§ 181), und verpflichtet sich, die Vollmacht bis zu einem bestimmten Termine nicht zu widerrufen. Man wird den Ausschluß des Widerrufs für gültig erachten können, da die Vollmacht nicht ausschließlich im Interesse des A. ertheilt ist. Vergl. fernere Beispiele bei Rehbein S. 275. — Für die Prokura gilt die besondere Vorschrift des § 52 HGB., nach welcher sie ohne Rücksicht auf das kausale Rechtsverhältniß immer widerruflich ist.

[11]) Vergl. Prot. I S. 144. Das zu Grunde liegende Rechtsverhältniß, aus welchem sich die Unwiderruflichkeit der Vollmacht ergeben kann, kann auch ein Rechtsverhältniß zwischen dem Vollmachtgeber und dem Dritten sein.

[12]) Dieser Widerruf ist immer zulässig, da ein zu Grunde liegendes Rechtsverhältniß, welches etwas Anderes ergeben könnte (§ 168 S. 2), nicht in Betracht kommen kann. Vergl. Planck Anm. 3 zu § 168.

[13]) Die Vorschrift kommt auch zur Anwendung, wenn trotz der Aushändigung der Vollmachtsurkunde eine wirksame Vollmachtsertheilung nicht zu Stande gekommen ist.

[14]) Das dem Rechtsanwalt im § 32 Abs. 1 der Rechtsanw.-Ord. gegebene Zurückbehaltungsrecht erstreckt sich nicht auf die Vollmachtsurkunde. Hat der Rechtsanwalt die Vollmachtsurkunde dem Gericht oder einer anderen Behörde eingereicht, so besteht für ihn eine Verpflichtung zur Zurückgabe nur insoweit, als die Behörde ihrerseits die Vollmachtsurkunde zurückgiebt.

beweisen, daß die Vollmacht erloschen ist. Wendet der Beklagte ein, daß die Vollmacht trotz des Widerrufs nicht erloschen sei, weil sie nicht widerrufen werden könne, so trifft ihn hierfür die Beweislast.

8. Der Rückgabe der Vollmachtsurkunde können sich mannigfache Hindernisse entgegenstellen;[16]) die Urkunde kann verloren gegangen, der Bevollmächtigte nicht oder schwer belangbar oder die Urkunde von ihm nicht zu erlangen sein. Deswegen ist dem Vollmachtgeber, um ihn dagegen zu schützen, daß die Vollmachtsurkunde mißbraucht wird, noch das Mittel der **Kraftloserklärung der Urkunde** gegeben. Die Kraftloserklärung kann ohne jede weitere Voraussetzung erfolgen.[17]) Sie hat die Wirkung, daß, sobald sie wirksam geworden ist (§ 176 Abs. 1 S. 2), die Vollmacht **Jedem** gegenüber als erloschen gilt,[18]) auch wenn er von der Kraftloserklärung keine Kenntniß hatte. Die Kraftloserklärung ist aber unwirksam, wenn der Vollmachtgeber die Vollmacht nicht zu widerrufen berechtigt ist, wofür denjenigen die Beweislast trifft, der die Unwirksamkeit behauptet.

§ 176.

---

[15]) In der Entscheidung des RG. Bd. 3 S. 186 ff. ist angenommen, daß der Bevollmächtigte ohne Zustimmung des Vollmachtgebers auch eine beglaubigte Abschrift der Vollmachtsurkunde nicht anfertigen lassen dürfe, dagegen wird ihm das Recht gegeben, damit er sich auch später noch jederzeit über den Umfang seiner Vertretungsmacht ausweisen könne, vom Vollmachtgeber zu verlangen, daß dieser ihm bei Rückgabe der Urkunde eine Bescheinigung über den Umfang seiner Vollmacht oder eine beglaubigte Abschrift der Vollmachtsurkunde mit dem Vermerke der erfolgten Aufhebung gebe. Diese Ansicht des RG. kann nach den Bestimmungen des BGB. nicht mehr für zutreffend erachtet werden. Dem Bevollmächtigten sind durch das Gesetz derartige Ansprüche gegen den Vollmachtgeber nicht gegeben. Andererseits steht, da die Vollmachtsurkunde auch im Interesse des Bevollmächtigten ausgestellt wird, nichts entgegen, daß er sich zu seiner Sicherheit eine beglaubigte Abschrift der Urkunde anfertigen läßt. Der Vollmachtgeber kann dem nicht widersprechen. Ein Mißbrauch ist nicht zu befürchten, denn nur an die **Urschrift** der Urkunde sind die Wirkungen des § 172 geknüpft, eine beglaubigte Abschrift ist in dieser Beziehung bedeutungslos.

[16]) Gegen einen etwaigen Mißbrauch der Vollmacht während der Dauer des Prozesses um die Rückgabe der Vollmacht steht dem Vollmachtgeber der Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung zu. Der Glaubhaftmachung einer **besonderen** Gefahr, etwa daß der Beklagte mit der Absicht umgeht, die Urkunde zu mißbrauchen, bedarf es nicht; die Gefahr liegt schon in der Vorschrift des § 172 Abs. 2.

[17]) Im Gegensatze zu § 132 Abs. 2. Es bedarf insbesondere nicht der Glaubhaftmachung, daß die Vollmacht erloschen sei. Die Frage der Unwiderruflichkeit, um die es sich hierbei besonders handelt, hat nicht der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit, sondern der Prozeßrichter zu entscheiden. Die Kraftloserklärung erfolgt durch öffentliche Zustellung nach den Vorschriften der §§ 204—206 CPO. Für die Bewilligung der öffentlichen Zustellung ist das im § 176 Abs. 2 bezeichnete Amtsgericht zuständig, und zwar handelt es sich um eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§ 1 RFG.). Es kommen daher insbesondere zur Anwendung RFG. § 7 (unerheblich, wenn die Bewilligung von einem örtlich unzuständigen Gericht ertheilt ist), § 10 (Einflußlosigkeit der Gerichtsferien), §§ 19 ff. (Beschwerde).

[18]) Dies ist nicht unzweifelhaft. Man könnte annehmen, daß die Kraftloserklärung der Vollmachtsurkunde voraussetzt, daß die Vollmacht **bereits erloschen ist**, daß also insbesondere erst der Widerruf der Vollmacht erfolgt sein müsse, bevor die Kraftloserklärung erfolgen könne. Die Konsequenz würde sein, daß, falls der Aufenthalt des Bevollmächtigten dem Vollmachtgeber unbekannt ist, er zunächst die Vollmacht nach § 132 Abs. 2 widerrufen müßte und dann erst die Urkunde nach § 176 für kraftlos erklären könnte. Aus § 176 Abs. 3 ergiebt sich aber das Gegentheil: die Kraftloserklärung ist nur dann unwirksam, wenn die Vollmacht nicht widerrufen werden kann; ist sie widerruflich, so ist die Kraftloserklärung wirksam, auch wenn ein Widerruf nicht stattgefunden hat. Die Kraftloserklärung einer widerruflichen Vollmacht schließt also immer den Widerruf in sich. Vergl. Planck Anm. 1 zu § 176, Rehbein I S. 273.

§ 54. Fortsetzung. Vorschriften zum Schutze Dritter.

§§ 170, 171 Abs. 2, 172 Abs. 2, 173.

1. Hat der Bevollmächtigte, nachdem seine Vollmacht erloschen war, im Namen des Vollmachtgebers ein Rechtsgeschäft vorgenommen, so hat er in Wirklichkeit als Vertreter ohne Vertretungsmacht gehandelt. Es würden daher dem Dritten Ansprüche gegen den Vollmachtgeber nicht zustehen. Durch besondere Vorschriften erklärt jedoch das Gesetz den Vollmachtgeber dann dem gutgläubigen Dritten gegenüber gebunden, wenn die Vollmachtsertheilung nicht ein bloßes Internum zwischen dem Vollmachtgeber und dem Bevollmächtigten geblieben ist, der Vollmachtgeber vielmehr selbst dem Dritten gegenüber den Bevollmächtigten als seinen Vertreter bezeichnet hat. Treu und Glauben erfordern es in einem solchen Falle, daß der Vertretene sich so lange noch als Vollmachtgeber behandeln lassen muß, bis er dem Dritten auch seinen entgegengesetzten Willen, das Erlöschen der Vollmacht, kundgegeben hat.[1]) Diese Konsequenz tritt somit in folgenden Fällen ein:

a) Wenn die Vollmachtsertheilung durch Erklärung gegenüber dem Dritten (§ 167 Abs. 1) erfolgt ist. Es bleibt dann diesem gegenüber die Vollmacht trotz ihres Erlöschens so lange in Kraft, bis ihm der Vollmachtgeber das Erlöschen angezeigt hat (§ 170)[2]), es sei denn, daß der Dritte bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts das Erlöschen der Vertretungsmacht gekannt hat oder hat kennen müssen (§ 173);

b) wenn der Vollmachtgeber einem Dritten kundgegeben hat, daß er einen Anderen bevollmächtigt habe (§ 171 Abs. 1). Die Vertretungsmacht bleibt diesem Dritten gegenüber so lange bestehen, bis die Kundgebung wiederum durch besondere Mittheilung an ihn widerrufen wird (§ 171 Abs. 2), es sei denn, daß der Dritte nicht gutgläubig ist (§ 173);

c) wenn die Thatsache der erfolgten Bevollmächtigung öffentlich kundgegeben war. Die Vertretungsmacht bleibt jedem Dritten gegenüber so lange bestehen, bis die Kundgebung wiederum durch öffentliche Bekanntmachung, und zwar in gleicher Weise, wie die Kundgebung selbst, widerrufen wird (§ 171 Abs. 2). Ein bösgläubiger Dritter kann sich auf die nicht erfolgte öffentliche Bekanntmachung nicht berufen (§ 173); ist dagegen der Widerruf öffentlich bekannt gemacht, so wirkt er gegen Jeden, auch gegen denjenigen, welcher ihn nicht gekannt hat oder nicht hat kennen können;

d) wenn der Bevollmächtigte die ihm vom Vollmachtgeber ausgehändigte

---

[1]) Das Gesetz stellt nicht etwa den allgemeinen Satz auf, daß das Erlöschen der Vollmacht jedem gutgläubigen Dritten gegenüber nicht wirkt. Den §§ 170, 171 Abs. 2 und 172 Abs. 2 liegt vielmehr der Gedanke zu Grunde, daß nur derjenige gutgläubige Dritte geschützt wird, welcher zu erwarten berechtigt war, daß ihm, wie die Bevollmächtigung, so auch das Erlöschen der Vollmacht kundgethan wird. In allen anderen Fällen trägt derjenige, welcher sich mit einem Bevollmächtigten einläßt, die Gefahr, daß die Vollmacht erloschen ist. — Zu bemerken ist noch: a) Die §§ 674, 729 (169) sind zum Schutze des gutgläubigen Bevollmächtigten, die §§ 170—173 zum Schutze des gutgläubigen Dritten gegeben. b) Bei der gesetzlichen Vertretung ist der Vertreter entsprechend den §§ 674, 729 durch die Vorschriften der §§ 1682, 1893 geschützt; einen den §§ 170—173 entsprechenden Schutz des Dritten giebt es dagegen nicht, der Dritte hat immer auf seine Gefahr zu prüfen, ob die Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters noch besteht (s. jedoch § 68).

[2]) Auf welchem Grunde das Erlöschen beruht, ist gleichgültig. Ist das Erlöschen der Vollmacht durch den Konkurs des Vollmachtgebers bewirkt worden (§ 23 KO.), so kommen auf ein von dem Bevollmächtigten nach der Konkurseröffnung vorgenommenes Rechtsgeschäft die §§ 7 ff. KO. zur Anwendung, d. h. das Rechtsgeschäft ist, auch wenn der Fall der §§ 170 ff. vorliegt, den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam. Vergl. Prot. I S. 149.

Vollmachtsurkunde dem Dritten vorgelegt hat. In diesem Falle bleibt die Vertretungsmacht dem gutgläubigen (§ 173) Dritten gegenüber so lange bestehen, bis entweder die Urkunde dem Vollmachtgeber zurückgegeben oder für kraftlos erklärt wird (§ 172 Abs. 2).[3] Mit der Zurückgabe oder der Kraftloserklärung der Urkunde erlischt die Vertretungsmacht auch dem gutgläubigen Dritten gegenüber, er kann sich nicht darauf berufen, daß er von diesen Umständen keine Kenntniß gehabt hat. Wenn es also auch einerseits nicht erforderlich ist, daß der Dritte sich die Vollmachtsurkunde bei jedem Rechtsgeschäfte vorzeigen läßt, die Wirkung des § 172 Abs. 1 vielmehr eintritt, wenn die Vorlegung auch nur einmal erfolgt ist, so handelt doch der Dritte, welcher sich die ihm einmal vorgelegte Urkunde nicht wieder vorlegen läßt, auf die Gefahr hin, daß die Urkunde zurückgegeben oder für kraftlos erklärt ist, und wenn er sich die Urkunde jedes Mal vorlegen läßt, so trägt er immer noch die Gefahr, daß die Kraftloserklärung erfolgt ist.[4])

§ 55. Vertretung ohne Vertretungsmacht.

1. Vertretung ohne Vertretungsmacht liegt vor, wenn Jemand im Namen eines Anderen, also als dessen Vertreter,[1]) ein Rechtsgeschäft vornimmt, obwohl er dazu weder durch Gesetz noch durch eine Willenserklärung des Anderen ermächtigt ist. Es handelt daher auch derjenige als Vertreter ohne Vertretungsmacht, dessen Vertretungsmacht erloschen ist[2]) oder der die ihm zustehende Vertretungsmacht überschreitet. Das interne Rechtsverhältniß zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen ist hierbei gleichgültig. Es wird häufig Geschäftsführung ohne Auftrag vorliegen (§§ 677 ff.), es kann aber ebensogut ein Auftragsverhältniß vorliegen, bei welchem der Vertreter den Auftrag hatte, für den Vertretenen, aber nicht in dessen Namen das Rechtsgeschäft vorzunehmen.

2. Der von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht geschlossene Vertrag wird ebenso behandelt, wie der von einem Minderjährigen ohne die erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters geschlossene Vertrag (§§ 108, 109): der andere Theil ist zunächst gebunden; er kann nur widerrufen, wenn er den Mangel der Vertretungsmacht nicht gekannt hat. Diese Kenntniß muß aber ihm nachgewiesen werden. Das Kennenmüssen steht dem Kennen nicht gleich: das **§§ 177, 178.**

[3]) Der Vollmachtgeber kann also die Nachtheile, die durch eine Verzögerung der Rückgabe oder der Kraftloserklärung der Urkunde für ihn entstehen, nur dadurch von sich abwenden, daß er demjenigen, von dem er weiß, daß ihm die Urkunde vorgelegt worden ist, oder von dem er annimmt, daß sie ihm vorgelegt werden wird, Mittheilung von dem Erlöschen der Vollmacht macht und ihn dadurch in bösen Glauben versetzt (§ 173).

[4]) Einen absoluten Schutz für den gutgläubigen Dritten kennt das Gesetz nicht; es ist auch darauf hinzuweisen, daß der Dritte ferner dann schutzlos ist, wenn die Vollmachtsurkunde vom Vollmachtgeber nicht ausgehändigt worden ist, der Bevollmächtigte sich vielmehr in deren Besitz gegen den Willen des Vollmachtgebers gesetzt hat. Das Gesetz kann nicht blos die Interessen des Dritten berücksichtigen, sondern muß auch die des Vertretenen schützen. Auf einem billigen Ausgleiche dieser widerstrebenden Interessen des Vertretenen und des Dritten beruhen die Vorschriften der §§ 170—173. In den Fällen, in denen hiernach der Dritte keinen Anspruch gegen den Vertretenen hat, ist für ihn durch die weitgehende Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht gesorgt.

[1]) Die von Manchen (z. B. Jäger KO. Anm. 9 zu § 23, Staub Excurs zu § 58 Anm. 39 ff.) gewählte Bezeichnung „Pseudovertreter" kann keine glückliche genannt werden und ist nicht zu billigen. Der Vertreter ohne Vertretungsmacht ist ein wirklicher Vertreter im Sinne des BGB. — Zu beachten ist, daß die Vorschriften des § 164 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 auch hier zur Anwendung kommen.

[2]) Vorbehaltlich der Ausnahmebestimmungen der §§ 674, 729 BGB., § 23 KO. Vergl. oben § 53 unter 1.

Widerrufsrecht geht nicht dadurch verloren, daß der andere Theil leicht hätte erfahren können, daß dem Vertreter eine Vertretungsmacht nicht zusteht.[3]) Ist ein Widerruf nicht erfolgt, so wird der Vertrag wirksam, wenn der Vertretene seine Genehmigung erklärt. Diese Genehmigung kann sowohl dem Vertreter wie dem anderen Theile gegenüber, und zwar formlos erfolgen.[4]) Um den Schwebezustand zu beendigen, kann der andere Theil den Vertretenen zur Erklärung über die Genehmigung auffordern. Ist eine solche Aufforderung erfolgt, so kann sich der Vertretene nur dem anderen Theile gegenüber erklären, und es tritt ferner die Wirkung ein, daß eine dem Vertreter gegenüber bereits abgegebene Erklärung unwirksam wird, so daß er, gleichgültig, ob er dem Vertreter gegenüber bereits die Genehmigung erklärt oder verweigert hat, sich dem anderen Theile gegenüber von Neuem zu erklären hat. Die Genehmigung muß er ihm binnen zwei Wochen vom Empfange der Aufforderung an erklären, widrigenfalls sie als verweigert gilt.

3. Erfolgt die Genehmigung, so wird der Vertrag für und gegen den Vertreter wirksam, und zwar von Anfang an, ebenso als wenn der Vertreter Vertretungsmacht gehabt hätte.[5])

§ 179. 4. Wird die Genehmigung verweigert, so ist der Vertretene aus dem Vertrage dem anderen Theile gegenüber weder berechtigt noch verpflichtet. Dagegen ist ihm der Vertreter verpflichtet[6]), und zwar hat der andere Theil die Wahl, ob er vom Vertreter die Erfüllung des Vertrags oder Schadensersatz verlangen will. Zur Begründung des Anspruchs hat der Kläger darzuthun, daß der Beklagte den Vertrag als Vertreter geschlossen hat und daß der Vertretene die Genehmigung des Vertrags verweigert hat. Behauptet der Beklagte hingegen, daß nicht er, sondern der Vertretene hafte, weil er Vertretungsmacht gehabt habe, so hat er dies zu beweisen.[7]) — Der Anspruch des anderen Theiles geht

---

[3]) Anders § 179 Abs. 3 S. 1.

[4]) Also auch durch konkludente Handlungen, insbesondere, wie das ALR. I 13 § 144 es ausspricht, dadurch, daß der Machtgeber, obwohl er weiß, daß der Bevollmächtigte die Grenzen seines Auftrags überschritten hat, sich dennoch den aus dem Geschäft entstandenen Vortheil zueignet oder die Leistungen aus dem Geschäfte bewirkt.

[5]) Zu bemerken ist, daß es für die Anwendung des § 177 gleichgültig ist, ob der Vertreter selbst, und ebenso ob der andere Theil den Mangel der Vertretungsmacht gekannt hat oder nicht.

[6]) Aber nur, wenn der Vertrag in Folge der Verweigerung der Genehmigung unwirksam wird, nicht etwa auch, wenn der andere Theil nach § 178 widerruft.

[7]) Aus § 179 ergiebt sich über die Vertheilung der Beweislast noch folgende wichtige Konsequenz: Wird Jemand aus einem von ihm abgeschlossenen Vertrag auf Erfüllung in Anspruch genommen, so genügt es, wenn er hiergegen behauptet und beweist, daß er den Vertrag im Namen eines Anderen geschlossen habe. Er braucht nicht auch zu beweisen, daß er Vertretungsmacht gehabt habe. Denn diese Beweislast ist ihm im § 179 erst aufgebürdet, wenn ihm nachgewiesen ist, daß der Vertretene den Vertrag nicht genehmige. Mit Recht. Denn der von einem Vertreter — ob mit oder ohne Vertretungsmacht — geschlossene Vertrag ist nicht ein Vertrag des Vertreters, sondern ein Vertrag des Vertretenen, und zwar sofort und unbedingt, wenn Vertretungsmacht vorlag, dagegen unter der Rechtsbedingung der Genehmigung, wenn Vertretungsmacht nicht vorlag. Wird die Genehmigung verweigert, so ist ein Vertrag überhaupt nicht zu Stande gekommen. Repliziert auf den Einwand des Beklagten, er habe den Vertrag als Vertreter eines Anderen geschlossen, der Kläger mit der Behauptung, der Vertretene verweigere die Genehmigung des Vertrags, so liegt hierin eine Klageänderung, denn der Kläger verlangt nunmehr die Erfüllung nicht, weil der Beklagte den Vertrag geschlossen, sondern weil kein Vertrag zu Stande gekommen, auf Grund der positiven Vorschrift des § 179. Wird die Klageänderung zugelassen (§ 264 CPO.), so kann sich nunmehr der Beklagte damit vertheidigen, daß es einer Genehmigung gar nicht bedarf, da er Vertretungsmacht gehabt habe. — Endlich ist noch

nach seiner Wahl auf Erfüllung des Vertrags oder auf Schadensersatz. Auf die Ausübung der Wahl kommen die Vorschriften der §§ 263, 264 Abs. 2, 265 zur Anwendung [8]), es kann also insbesondere der Vertreter dem Berechtigten, nachdem er ihn in Verzug gesetzt hat (§ 295), zur Vornahme der Wahl eine angemessene Frist bestimmen, mit deren erfolglosem Ablaufe das Wahlrecht auf ihn übergeht. Wählt der andere Theil Erfüllung, so wird der Vertreter vollständig so behandelt, als hätte er den Vertrag im eigenen Namen geschlossen; wählt er Schadensersatz, so kann er den Ersatz desjenigen Schadens verlangen, welcher ihm daraus erwächst, daß der Vertrag dem Vertretenen gegenüber nicht wirksam geworden ist.

5. Eine Milderung der Haftung des Vertreters tritt dann ein, wenn er selbst den Mangel der Vertretungsmacht nicht gekannt hat, wofür ihn die Beweislast trifft. Es kann dies insbesondere dann der Fall sein, wenn die Vollmachtsertheilung nichtig oder anfechtbar ist [9]) oder wenn der Bevollmächtigte sich über den Umfang seiner Vollmacht geirrt hat [10]). Er haftet dann weder auf Erfüllung noch auf das positive Erfüllungsinteresse, sondern nur auf das negative Interesse und auch auf dieses nicht über das positive hinaus (§ 179 Abs. 2).

6. Die Haftung des Vertreters fällt vollständig fort, wenn der andere Theil den Mangel der Vertretungsmacht gekannt hat oder hätte kennen müssen [11]), ferner wenn der Vertreter in der Geschäftsfähigkeit beschränkt war. Die durch die Vertretung ohne Vertretungsmacht entstehenden Verpflichtungen (§ 197 Abs. 1 und Abs. 2) können für einen beschränkt Geschäftsfähigen ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters nicht begründet werden. Daher muß, wenn ein beschränkt Geschäftsfähiger in Anspruch genommen wird, der Kläger beweisen, daß der gesetzliche Vertreter zu der Handlung des aus der Vertretung ohne Vertretungsmacht in Anspruch Genommenen seine Einwilligung oder Genehmigung ertheilt hat (§ 179 Abs. 3).

7. Ein einseitiges Rechtsgeschäft, das Jemand im Namen eines Anderen vornimmt, ohne Vertretungsmacht zu besitzen, ist unwirksam und kann auch nicht durch die Genehmigung [12]) des Vertretenen Wirksamkeit erlangen (vgl. **§ 180.**

---

folgendes zu beachten: Der Anspruch aus § 179 kann nicht darauf gestützt werden, daß der Vertreter den Vertrag ohne Vertretungsmacht geschlossen habe. Denn ein solcher Vertrag ist in der Schwebe, seine Unwirksamkeit steht noch nicht fest. Diese muß erst festgestellt sein, bevor der Vertreter haftbar gemacht werden kann. Daher muß der andere Theil gegebenen Falles erst nach § 177 S. 2 vorgehen.

[8]) Vergl. Planck Anm. 2 zu § 179.

[9]) Hat er die Anfechtbarkeit gekannt, so wird er, wenn die Anfechtung erfolgt, so behandelt, als hätte er den Mangel der Vollmacht gekannt (§ 142 Abs. 2).

[10]) Mag dieser Irrthum auch ein verschuldeter sein. Die strenge Haftung des § 179 Abs. 1 soll nur denjenigen Vertreter treffen, der weiß, daß er keine Vertretungsmacht besitzt, der sich also darüber klar sein muß, daß er mit seiner eigenen Person eintreten müsse, wenn der Vertrag nicht genehmigt wird. Vergl. Prot. I S. 160.

[11]) Auch hier ist die Vorschrift des § 142 Abs. 2 von Wichtigkeit. — Wenn man aus der Gleichstellung des Kennenmüssens mit dem Kennen auch nicht gerade entnehmen kann, daß dem anderen Theile eine besondere Verpflichtung obliegt, sich nach dem Vorhandensein der Vertretungsmacht zu erkundigen, so folgt doch so viel daraus, daß er, wenn er nach Lage des Falles Zweifel an der Vertretungsmacht des Vertreters haben mußte, auf seine Gefahr handelt, wenn er sich ohne weiteres mit ihm einläßt. Vergl. Planck Anm. 1 zu § 179.

[12]) Eine solche Genehmigung kann allenfalls als erneute Vornahme des Rechtsgeschäfts durch den Vertretenen angesehen werden. Hat z. B. der Rechtsanwalt, ohne hierzu bevollmächtigt zu sein, eine Aufrechnungserklärung für seine Partei abgegeben und erklärt diese nunmehr, daß sie die von dem Rechtsanwalt erklärte Aufrechnung genehmige, so kommt hierin genügend zum Ausdrucke, daß sie selber aufrechnen wolle. Da es sich aber

§ 111). Dies gilt schlechthin für nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen[13]). Für empfangsbedürftige Willenserklärungen dagegen bestehen folgende Ausnahmen:

a) Hat der Vertreter bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts behauptet[14]), daß er Vertretungsmacht habe, so ist der Erklärungsempfänger, sofern es sich um einen Bevollmächtigten handelt[15]), durch die Vorschrift des § 174 in die Lage versetzt, sich über das Bestehen der Vertretungsmacht Gewißheit zu verschaffen[16]). Beanstandet[17]) der Erklärungsempfänger die Vertretungsmacht nicht, so hat er auf die Gefahr hin gehandelt, daß Vertretungsmacht nicht vorliegt, er muß es sich daher gefallen lassen, daß das Rechtsgeschäft durch die Genehmigung des Vertretenen wirksam wird. Es gelten dieselben Grundsätze wie für einen von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht geschlossenen Vertrag (§§ 177—179). Die Genehmigung macht das Rechtsgeschäft mit rückwirkender Kraft wirksam (§ 184); bis zur Genehmigung kann der Erklärungsempfänger erklären, daß er das Rechtsgeschäft nicht gelten lasse (§ 178); wird die Genehmigung verweigert, so haftet der Vertreter nach Maßgabe des § 179[18]).

b) Wenn der Vertreter erklärt, daß er ohne Vertretungsmacht handele und der Erklärungsempfänger damit einverstanden[19]) ist, so sind beide darüber einig, daß die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts von der Genehmigung des Vertretenen abhängen solle. Es kommt also lediglich darauf an, ob diese Genehmigung ertheilt wird oder nicht[20])[21]).

---

nicht um eine Genehmigung im eigentlichen Sinne handelt, so muß diese Erklärung dem anderen Theile gegenüber erklärt sein und hat sie ferner keine rückwirkende Kraft.

[13]) Es ist daher insbesondere bei der Annahme und Ausschlagung der Erbschaft vollmachtlose Vertretung unzulässig. Vergl. Prot. I S. 169.

[14]) Eine besondere Behauptung ist nicht erforderlich, sie liegt schon darin, daß man ein Rechtsgeschäft als Vertreter eines Anderen vornimmt, sich als Vertreter geriert.

[15]) Der § 180 bezieht sich natürlich auch auf den Fall, daß Jemand sich als gesetzlicher Vertreter geriert, ist aber von praktischer Bedeutung wesentlich nur für die rechtsgeschäftliche Vertretung.

[16]) Freilich gilt dies nur bedingt, insbesondere dann nicht, wenn die Vollmachtsertheilung nichtig oder anfechtbar ist. Gerade für diese Fälle ist die Vorschrift des § 180 von Bedeutung.

[17]) „Bei der Vornahme" des Rechtsgeschäfts soll die Beanstandung erfolgen. Doch ist dies nicht wörtlich zu nehmen. Ein unverzügliches Beanstanden, wie im Falle des § 174, muß auch hier genügen. Vergl. Planck Anm. 1a zu § 180. Auch inhaltlich ist die Beanstandung des § 180 nichts Anderes als die Zurückweisung des § 174.

[18]) Der Portier eines Hauses kündigt als Vertreter des Vermiethers dem Miether die Wohnung. Der Miether darf sich nicht passiv verhalten, indem er etwa denkt, die Kündigung sei unwirksam, weil der Portier zur Erklärung der Kündigung nicht ermächtigt sei. Verhält der Miether sich rein passiv, so setzt er sich allen denjenigen Unzuträglichkeiten aus, welche mit dem Zustande der Ungewißheit verbunden sind. Denn entweder war der Portier ermächtigt, dann ist die Kündigung sofort wirksam, oder er war nicht ermächtigt, so kann der Vermiether sie durch seine Genehmigung ex tunc wirksam machen. Der Miether, dem viel daran gelegen sein muß, sofort zu wissen, ob eine wirksame Kündigung vorliegt oder nicht, wird gut thun, die Kündigung zurückzuweisen (§ 174), zu beanstanden (§ 180). Dann ist die Kündigung, mag der Portier Vertretungsmacht gehabt haben oder nicht, wirkungslos, im ersteren Falle nach § 174, im zweiten Falle, weil sie nach § 180 nicht genehmigungsfähig ist.

[19]) Es ist nicht erforderlich, daß das Einverständniß besonders erklärt wird. Es genügen auch hier, wie regelmäßig, konkludente Handlungen. Aber bloßes Schweigen ist in der Regel noch kein Einverständniß. Vergl. die Anm. 22 und 23.

[20]) In diesem Falle kommt nur § 177 zur Anwendung. Der Widerruf (§ 178) ist ausgeschlossen, weil der Erklärungsempfänger den Mangel der Vertretungsmacht gekannt hat, die Haftung des § 179 greift nach Abs. 3 nicht Platz.

[21]) Wenn Jemand als Vertreter eines Anderen ein einseitiges Rechtsgeschäft (Kündigung, Aufrechnung u. s. w.) vornimmt, ohne Vertretungsrecht zu besitzen, so liegt entweder der Fall a oder der Fall b vor, d. h. er geriert sich entweder als Vertreter, oder er erklärt, daß

c) Wenn Jemand eine Willenserklärung gegenüber einem Vertreter ohne Vertretungsmacht abgegeben hat und dieser damit einverstanden war, daß die Willenserklärung ihm gegenüber abgegeben wird, so kommen gleichfalls die §§ 177—179 zur Anwendung[22])[23]).

Sechster Titel.

Einwilligung. Genehmigung.

§ 56. Allgemeine Grundsätze.

1. In zahlreichen Fällen ist die Wirksamkeit eines Vertrags oder eines einseitigen empfangsbedürftigen Rechtsgeschäfts davon abhängig, daß ein Dritter seine Zustimmung zu dem Rechtsgeschäfte giebt, d. h. entweder im Voraus in

---

er ohne Vertretungsmacht handelt. In ersterem Falle ist das Rechtsgeschäft genehmigungsfähig, wenn der Erklärungsempfänger es nicht beanstandet, im anderen Falle, wenn er mit der Vornahme einverstanden ist. Es läßt sich also die Ausnahme-Vorschrift des § 180 Satz 2 kurz dahin zusammenfassen: ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, welches ein Vertreter ohne Vertretungsmacht vornimmt, ist nicht schlechthin unwirksam. Es kommt auf das Verhalten des Erklärungsempfängers an. Die Vorschrift des § 180 S. 2 mahnt daher zur Vorsicht. Der Erklärungsempfänger, der sich den mit der Ungewißheit verbundenen Unannehmlichkeiten nicht aussetzen will, muß im Falle a die Erklärung beanstanden und darf im Falle b nichts thun, was als ein Einverständniß angesehen werden kann; am besten wird er auch im Falle b deutlich erklären, daß er nicht einverstanden sei.

[22]) Die Anwendung der §§ 178, 179 ist also dann ausgeschlossen, wenn der Erklärende gewußt hat, daß der Andere keine Vertretungsmacht hat. — Der Miether A. kündigt seine Wohnung dem Portier X. gegenüber, obwohl er weiß, daß X. zur Entgegennahme einer Kündigung nicht ermächtigt ist. X. ist damit, daß ihm gegenüber gekündigt wird, einverstanden, er theilt z. B. dem A. mit, er habe den Kündigungsbrief erhalten und werde das Weitere veranlassen. A. ist an seine Kündigung gebunden, er kann sie nicht widerrufen. Um den Schwebezustand zu beenden, kann er nach § 177 S. 2 den Vermiether zur Erklärung auffordern. Genehmigt dieser, so ist die Kündigung ex tunc wirksam, verweigert er die Genehmigung, so ist sie unwirksam, A. hat, wenn er etwa so leichtsinnig gewesen war, sich schon eine andere Wohnung zu miethen, gegen X. keinen Schadensersatzanspruch. Hat A. angenommen, daß X. ermächtigt sei, die Kündigung entgegenzunehmen, so kann er bis zur Genehmigung die Kündigung widerrufen (§ 178). Bei der Verweigerung der Genehmigung wird es für die Haftung des X. darauf ankommen, ob A. nicht den Mangel der Vertretungsmacht kennen mußte (§ 179 Abs. 3). Man wird in diesem Falle annehmen müssen, daß er sich erkundigen mußte, ob X. bevollmächtigt sei; die Unterlassung jeder Erkundigung beseitigt die Haftung des X.

[23]) Für das Einverständniß gilt das in Anm. 19 Gesagte. Aus der Fassung des Gesetzes: „ist er damit einverstanden gewesen", muß entnommen werden, daß dieses Einverständniß nicht als ein empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft anzusehen ist, sondern daß es genügt, wenn er eine Handlung vorgenommen hat, die objektiv als ein Einverständniß zu deuten ist. Das Beispiel von Cosack (I § 69 unter III): „A. kündigt brieflich dem Rechtsanwalt B. als angeblichem Vertreter des C. eine Hypothek. B. theilt die Kündigung dem C. mit, dieser genehmigt sie sofort", ist nicht mit Cosack dahin zu entscheiden, daß die Kündigung ungültig ist, weil der Rechtsanwalt nicht „positiv einverstanden" war. Der Rechtsanwalt hat dadurch, daß er den Brief an C. weitergegeben hat, sein Einverständniß damit, daß die Kündigungserklärung abgegeben sein soll, erklärt, er hat gewissermaßen zum Ausdrucke gebracht: die Kündigung soll vorhanden sein, ob sie wirksam sein soll, will ich dem C. überlassen. Wollte er sich nicht einverstanden erklären, so mußte er entweder die Kündigung nicht beachten oder dem A. mittheilen, er vertrete den C. nicht. Es ist hierbei zu beachten, daß es für den Vertreter wegen der Haftung des § 179 gefährlich ist, mit der Entgegennahme der Erklärung einverstanden zu sein. In jedem Falle ist es mit Rücksicht auf § 179 Abs. 3 rathsam, den Erklärenden nicht im Zweifel darüber zu lassen, daß man keine Vertretungsmacht habe.

die Vornahme des Rechtsgeschäfts willigt, oder es nachträglich genehmigt[1]). Es handelt sich hierbei immer darum, daß derjenige, welcher das Rechtsgeschäft vornimmt, zur wirksamen Vornahme entweder nicht fähig oder nicht befugt ist, und daß zur Hebung dieses Mangels die Zustimmung des Dritten erforderlich ist[2]). Die wichtigsten Fälle sind: die Rechtsgeschäfte der in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Personen (§§ 106—109, 111, 114); Rechtsgeschäfte, die ein Vertreter ohne Vertretungsmacht vornimmt (§§ 177, 180); Verfügungen, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft (§ 185); Verfügungen, die zwar nicht unmittelbar über das Recht eines Anderen getroffen werden, aber in dieses Recht eingreifen (z. B. §§ 415, 876, 1071, 1358, 1395 ff., 2120, 2206 Abs. 2); endlich Rechtsgeschäfte, zu denen die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (§§ 1643, 1746, 1828 ff.), des Gegenvormundes (§ 1832) oder des Beistandes (§ 1690) erforderlich ist. Für die in allen diesen Fällen erforderliche Zustimmung werden in den §§ 182—184 allgemeine Vorschriften gegeben[3]).

§ 182. 2. Die Ertheilung sowie die Verweigerung der Zustimmung sind empfangsbedürftige Willenserklärungen. Es ist nicht erforderlich, daß sie demjenigen gegenüber erklärt werden, mit welchem das Rechtsgeschäft vorgenommen wird, sie können vielmehr regelmäßig auch dem gegenüber erklärt werden, der das Rechtsgeschäft vornimmt[4]). Eine Ausnahme tritt jedoch immer dann ein, wenn der Dritte von dem anderen Theile zur Erklärung über die Genehmigung aufgefordert wird: dann kann die Erklärung nur ihm gegenüber erfolgen (§§ 108 Abs. 2, 177 S. 2, 1396 S. 2, 1448 Abs. 2). Eine fernere Ausnahme gilt für die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts und des Gegenvormundes: sie kann nur dem Vormunde gegenüber erklärt werden (§§ 1828, 1832), wird jedoch dem anderen Theile gegenüber erst wirksam, wenn sie ihm durch den Vormund mitgetheilt wird (§§ 1829 Abs. 1 Satz 2, 1832)[5]).

3. Die Zustimmung kann ausdrücklich oder stillschweigend erklärt werden und ist selbst dann von jeder Form befreit, wenn das Rechtsgeschäft selbst an eine Form gebunden ist[6]). Bei einseitigen Rechtsgeschäften, die mit Einwilligung (vorheriger Zustimmung) eines Dritten vorgenommen werden, ist jedoch die Ein-

---

[1]) Ueber die Terminologie s. § 36 Anm 1 (S. 141).

[2]) Es ist jedoch zu beachten, daß Einwilligung und Genehmigung nicht immer gleichwerthig sind, daß insbesondere einseitige Rechtsgeschäfte, die ohne Einwilligung vorgenommen sind, in der Regel nicht genehmigungsfähig sind. Vgl. §§ 111, 180, 1398.

[3]) Die §§ 182 und 184 finden nicht Anwendung, wenn es sich nicht um die Zustimmung zu einem Rechtsgeschäfte handelt, also z. B. nicht im Falle der §§ 4 (vgl. oben § 11 S. 39 unter 1) und 1726. Anders liegt auch der Fall des § 549. Zur Aftervermiethung ist zwar die Erlaubniß (nicht die Zustimmung!) des Vermiethers erforderlich, da aber nicht die Wirksamkeit des Vertrags von dieser Erlaubniß abhängt, kommen die §§ 182 ff. nicht zur Anwendung.

[4]) Es läßt sich nicht verkennen, daß dadurch, daß die Einwilligung auf diese Weise ein Internum zwischen dem Erklärenden und dem Dritten bleiben kann, eine gewisse Rechtsunsicherheit für den anderen Theil entstehen kann. A. ertheilt seinem minderjährigen Sohne die Einwilligung zum Ankauf eines Fahrrads. Der Sohn kauft es von B. Dieser, der vielleicht jetzt erst erfährt, daß der Käufer minderjährig war — wußte er es beim Kaufe, so hätte er sich mit dem Minderjährigen nicht ohne Weiteres einlassen sollen — fordert den A. auf, sich über die Genehmigung zu erklären. A. schweigt. B. weiß immer noch nicht, woran er ist. Denn das Schweigen ist bedeutungslos, wenn, wie hier vorausgesetzt, A. seine Einwilligung ertheilt hatte. (Vgl. oben § 36 Anm. 8 S. 142.) Eine Rechtspflicht des A., dem B. auf seine Anfrage zu erklären, ob er die Einwilligung ertheilt hatte, besteht nicht. Allenfalls kann ein Schadensersatzanspruch auf Grund des § 826 begründet sein.

[5]) Ferneren Ausnahme s. in §§ 876, 1071, 1245, 1255, 1276.

[6]) Ausnahmen in §§ 1516, 1517, 1706, 1730, 1748, 2291; vgl. auch § 29 GBO., §§ 71, 81 ZVG.

willigung in *schriftlicher* Form vorzulegen, widrigenfalls das Rechtsgeschäft von dem anderen Theile zurückgewiesen werden kann und dann unwirksam ist. Die Zurückweisung, die unverzüglich erfolgen muß, ist jedoch unstatthaft, wenn der Dritte von seiner Einwilligung den anderen Theil in Kenntniß gesetzt hatte.

§ 183.

4. Die zu einem Rechtsgeschäfte im Voraus ertheilte Zustimmung (die Einwilligung) hat eine innere Verwandtschaft mit der Vollmachtsertheilung, denn beide verschaffen einem Dritten eine erweiterte Ermächtigung zur Vornahme von Rechtsgeschäften[7]. Es kann daher[8] die Einwilligung, wie die Vollmachtsertheilung, in der Regel *bis zur Vornahme* des Rechtsgeschäfts — durch die entweder dem einen oder dem anderen Theile gegenüber abgegebene Erklärung — widerrufen werden[9]. Der Widerruf ist jedoch nicht zulässig, wenn sich aus dem der Ertheilung zu Grunde liegenden Rechtsverhältniß etwas Anderes ergiebt, sei es auf Grund gesetzlicher Vorschrift, z. B. § 2120, sei es auf Grund einer Parteiabrede, wenn z. B. der Eigenthümer einer Sache sich einem Anderen gegenüber verpflichtet, seine Zustimmung zu einer Verfügung über die Sache zu geben.

§ 184.

5. Die nachträgliche Zustimmung (*Genehmigung*)[10] *hat rückwirkende Kraft*: das Rechtsgeschäft wird so behandelt, als ob seine volle Wirksamkeit bereits zur Zeit der Vornahme eingetreten wäre. Das Eigenthum einer Sache, welches nur mit Zustimmung eines Dritten übertragen werden kann, gilt, wenn der Dritte die ohne seine Einwilligung erfolgte Uebertragung (nachträglich) genehmigt, als mit der Uebertragung, nicht erst der Genehmigung übergegangen, was für die Früchte der Zwischenzeit, die Tragung der Gefahr u. s. w. von Wichtigkeit ist. Jedoch kann der Dritte Verfügungen, die er selbst vor der Genehmigung vorgenommen hat, nicht durch die Genehmigung unwirksam machen, vielmehr bleiben diese Verfügungen wirksam, und zwar hat im Falle eines Konflikts diese Wirksamkeit den Vorrang vor der durch die Genehmigung eintretenden Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts. Den Verfügungen durch den Genehmigenden selbst stehen die gegen ihn im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter bewirkten Verfügungen gleich[11].

Die Vorschrift über die rückwirkende Kraft der Genehmigung ist nur dispositiv und kann daher durch Parteiabrede abgeändert werden.

§ 57. Verfügungen durch einen Nichtberechtigten.

§ 185.

Ein genereller Anwendungsfall der im vorigen Paragraphen behandelten Grundsätze der §§ 182—184 liegt vor, wenn *ein Nichtberechtigter eine*

[7] Vgl. M. I S. 246.

[8] Der § 183 korrespondiert mit § 168 Satz 2 u. 3. Eine dem § 168 Satz 1 entsprechende Vorschrift gilt für die Einwilligung nicht; sie ist ein abstraktes, von dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältniß unabhängiges Rechtsgeschäft. Vgl. Planck Anm. 1 zu § 182. Die innere Verwandtschaft zwischen der Einwilligung und Vollmachtsertheilung zwingt auch dazu, die bei letzterer zum Schutze gutgläubiger Dritter gegebenen Vorschriften der §§ 170—173 (s. oben § 54 S. 216) auch auf die Einwilligung zur analogen Anwendung zu bringen. Vgl. Planck Anm. 2 zu § 183, Fischer-Henle Anm. 2 zu § 183.

[9] Ausnahmen in den §§ 876, 1071, 1245, 1255, 1276 u. s. w.

[10] Sie ist gleichfalls ein abstraktes Rechtsgeschäft, kann aber, einmal erklärt, nicht mehr widerrufen werden, ebenso wie die Einwilligung nur *bis zur Vornahme des Rechtsgeschäfts* widerrufen werden kann. Ist das Rechtsgeschäft wirksam, — sei es, weil es mit Einwilligung vorgenommen, sei es, weil es genehmigt ist, — so kann es durch einen Widerruf nicht unwirksam gemacht werden.

[11] Am 1. April tritt ein Minderjähriger eine Forderung ohne Einwilligung des Vormundes an A. ab. Am 10. April wird diese Forderung von einem Gläubiger des Minderjährigen gepfändet. Am 15. April genehmigt der Vormund die Abtretung: A. hat die Forderung bereits am 1. April erworben, aber belastet mit dem Pfändungspfandrechte.

Verfügung[1]) über einen Gegenstand trifft, z. B. die Forderung eines Anderen abtritt, die Sache eines Anderen veräußert. Die Verfügung ist wirksam[2]), wenn der Berechtigte die Einwilligung zu der Verfügung ertheilt hat. Ist sie ohne diese Einwilligung vorgenommen worden, so wird sie, in Gemäßheit des § 184 mit rückwirkender Kraft, wirksam, wenn der Berechtigte sie genehmigt. Die Verfügung wird aber außerdem wirksam, wenn entweder der Verfügende den Gegenstand, über den er verfügt hat, später erwirbt, oder wenn umgekehrt der Berechtigte den Verfügenden beerbt. Denn als Erbe des Verfügenden muß er dessen Handlungen auch gegen sich gelten lassen. Dies ist jedoch nur dann der Fall, wenn die durch den Erbgang eingetretene Vereinigung des Vermögens des Erblassers mit dem des Erben eine definitive geworden ist, d. h. wenn der Erbe das Recht der beschränkten Haftung verloren hat, wenn er für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet (§§ 1994, 2005, 2006). So lange er das Recht der beschränkten Haftung hat, haftet er auch für die von dem Erblasser unberechtigter Weise vorgenommene Verfügung nicht mit seinem eigenen Vermögen, die Verfügung bleibt also unwirksam und er muß nur mit dem Nachlasse für die Verbindlichkeiten haften, welche für seinen Erblasser aus der unbefugten Verfügung erwachsen sind. (§§ 1994, 2005, 2006.)

In den beiden letzteren Fällen tritt eine Rückwirkung nicht ein, und wird, wenn mehrere Verfügungen, die nicht mit einander in Einklang stehen, getroffen worden sind, nur die frühere wirksam.

Siebenter Titel.

Fristen. Termine.

§ 58.

I. Für die Berechnung der Termine (d. h. Zeitpunkte) und Fristen (d. h. Zeiträume) gelten folgende Regeln[1]):

---

[1]) Ueber den Begriff der Verfügung s. oben § 32 unter 4 (S. 135) Obligatorische Rechtsgeschäfte über den Gegenstand eines Anderen erzeugen unter den Parteien die regelmäßigen obligatorischen Wirkungen. — Im Uebrigen kommt der § 185 auf Verfügungen jeder Art (z. B. Leistung an den Nichtgläubiger, wie in § 362 Abs. 2 ausdrücklich bestimmt ist, Kündigung ,Mahnung, Aufrechnung) zur Anwendung. Der Unterschied zwischen dem § 185 und den §§ 177—180 liegt darin, daß der Verfügende des § 185 die Verfügung im eigenen Namen, der Vertreter ohne Vertretungsmacht sie im Namen des Vertretenen vornimmt. Da nun aber die Erklärung, daß man im Namen eines Anderen handele, auch stillschweigend erfolgen kann, so wird im einzelnen Falle (z. B. wenn Jemand die Forderung eines Anderen einzieht, kündigt u. s. w.) genau zu untersuchen sein, ob in der That der Fall des § 185, oder nicht vielmehr Vertretung vorliegt. Die Unterschiede sind nicht unerheblich, denn einerseits werden nach § 185 auch einseitige Verfügungen durch die Genehmigung wirksam, was nach § 180 nicht schlechthin der Fall ist, andererseits ist im Falle des § 185 ein Aufforderungsrecht, wie nach § 177 Abs. 2, nicht gegeben.

[2]) Es ist zu beachten, daß der § 185 sich nur auf diejenigen Fälle bezieht, in denen die Verfügung eines Nichtberechtigten nicht schon auf Grund von Sondervorschriften dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, nämlich auf Grund derjenigen Vorschriften, welche zum Schutze des gutgläubigen Erwerbes gegeben sind (§§ 932 ff., 892 ff. u. s. w.). In solchen Fällen bedarf es natürlich zur Wirksamkeit nicht erst noch des Hinzutritts eines der im § 185 bezeichneten Umstände.

[3]) Vergl. Cosack I § 88 unter 6, Prot. I S. 170, 171, A. M. Rehbein S. 288.

[1]) Die gesetzliche Zeit in Deutschland ist die mittlere Sonnenzeit des 15. Längengrads östlich von Greenwich (mitteleuropäische Zeit, Ges. vom 12. März 1893, RGB. S. 93).

1. Der Tag, in welchen das für den Anfang der Frist maßgebende Ereigniß fällt, wird nicht mitgerechnet[2]). Dasselbe gilt, wenn ein in den Lauf eines Tages fallender Zeitpunkt den Anfang der Frist bestimmt. Ist jedoch der maßgebende Zeitpunkt der Beginn eines Tages, z. B. bei einem Miethvertrage, der am 1. April beginnt, so wird dieser Tag mitgerechnet. (§ 187 Abs. 2.) **§ 187.**

Eine Ausnahme gilt für die Berechnung des Lebensalters. Bei dieser wird der Tag der Geburt mitgerechnet, woraus in Verbindung mit § 188 Abs. 2 folgt, daß ein Lebensjahr mit Ablauf des dem Geburtstage vorangehenden Tages vollendet wird.

2. Eine nach Tagen bestimmte Frist endigt mit dem Ablaufe des letzten Tages der Frist, eine nach Wochen oder Monaten (Jahr, halbes Jahr, Vierteljahr) bestimmte Frist mit dem Ablaufe desjenigen Tages der letzten Woche oder des letzten Monats, welcher durch seine Benennung oder Zahl dem Anfangstag entspricht[3]); falls jedoch der Beginn des Tages für den Anfang der Frist maßgebend ist oder falls es sich um die Berechnung des Lebensalters handelt, mit dem Ablaufe des vorhergehenden Tages (§ 188). Ein am 1. April beginnendes, ein Jahr dauerndes Miethverhältniß endigt somit mit dem Ablaufe des 31. März. Fehlt im letzten Monate der maßgebende Tag, so endigt die Frist mit dem Ablaufe des letzten Monatstags. **§ 188.**

3. Ueber die Berechnung von Fristen, die nach Stunden bestimmt sind, giebt das Gesetz keine Vorschriften. Beträgt die Frist weniger als 24 Stunden, z. B. 6 Stunden, so ergiebt sich von selbst, daß die natürliche Berechnungsweise, a momento ad momentum, Platz greifen muß. Beträgt die Frist 24 oder 48 Stunden, so wird es Frage der Auslegung sein, ob diese Berechnungsart gewollt ist oder ob ein Tag, zu berechnen nach den §§ 187, 188, gemeint ist.[4])

4. Ein halbes Jahr bedeutet 6 Monate, ein Vierteljahr 3 Monate, ein halber Monat 15 Tage, welche bei einer Frist von einem oder mehreren ganzen Monaten und einem halben Monate zuletzt zu zählen sind (§ 189). **§ 189.**

Ueber die Bedeutung einer Frist von 8 Tagen fehlt es im BGB.[5]) an einer Vorschrift; es ist in jedem einzelnen Falle durch Auslegung, insbesondere nach dem Sprachgebrauche, zu ermitteln, ob 7 oder 8 Tage gemeint sind.

5. Bei der Verlängerung einer Frist wird die neue Frist von dem Ablaufe der alten an berechnet (§ 190); dies gilt auch, wenn die Verlängerung **§ 190.**

---

[2]) Vergl. die abweichende Bestimmung des § 67 Abs. 4 StGB., nach welcher der Tag der Begehung der That in die Verjährungsfrist mit eingerechnet wird.

[3]) Für diesen Fall ist die Bestimmung des § 187 Abs. 1, daß der Tag, in den das Ereigniß oder der Zeitpunkt fällt, nicht mitgerechnet wird, ohne besondere Bedeutung; wird z. B. das Urtheil am 17. April Vormittags 8 Uhr zugestellt, so endet nach § 188 die Berufungsfrist mit dem Ablaufe des 17. Mai. Was bedeutet nun noch die außerdem gegebene Vorschrift des § 187 Abs. 1, daß der 17. April bei Berechnung der Frist nicht mitgerechnet wird? In keinem Falle darf daraus etwa geschlossen werden, daß der 17. April (von 8 Uhr an) außerhalb der Frist liege.

[4]) Wie ist also eine gesetzliche Frist von 24 Stunden, z. B. die Einlassungsfrist im Wechselprozesse (§§ 604, 217 CPO.), zu berechnen? Veranlassung zu Bedenken giebt die allgemeine Fassung des § 187 (ist für den Anfang „einer" Frist), der nicht mehr wie § 148 E. I und § 199 der früheren CPO. auf eine nach Tagen bestimmte Frist beschränkt ist, sondern auf alle Fristen Anwendung findet. Trotzdem wird man, da der § 187 nur eine Auslegungsregel enthält, annehmen müssen, daß das Gesetz, indem es 24 Stunden und nicht einen Tag sagt, die Natural-Komputation gewollt hat.

[5]) § 359 Abs. 2 HGB. dagegen bestimmt für Handelssachen, daß unter einer vereinbarten Frist von 8 Tagen im Zweifel volle acht Tage zu verstehen sind.

erst nach dem Ablaufe der alten Frist erfolgt, vorausgesetzt, daß es sich wirklich um eine Verlängerung und nicht um die Festsetzung einer neuen Frist handelt.

§ 191. 6. Ist ein Zeitraum derart bestimmt, daß er nicht zusammenhängend zu verlaufen braucht, so wird der Monat zu 30, das Jahr zu 365 Tagen gerechnet (§ 191), z. B. wenn ein Angestellter im Jahre im ganzen 2 Monate Urlaub erhalten soll.

§ 192. 7. Anfang des Monats ist der erste, Mitte des Monats der 15. und Ende des Monats der letzte Tag des Monats (§ 192).

§ 193. 8. Fällt der Termin, oder der letzte Tag einer Frist für die Abgabe einer Willenserklärung oder die Bewirkung einer Leistung auf einen Sonntag oder einen allgemeinen Feiertag, so tritt an die Stelle des Sonntags oder des Feiertags der nächstfolgende Werktag (§ 193).[6]) Hierzu ist zu bemerken:

a) Die Bestimmung gilt nur, wenn es sich um die Abgabe einer Willenserklärung oder die Bewirkung einer Leistung handelt; andere Fristen enden auch an Sonn- und Feiertagen, z. B. die Dauer eines Miethvertrags, eines Dienstvertrags.

b) Die Wirkung der Bestimmung besteht bei Terminen darin, daß erst der nächste Werktag der Leistungs- oder Erklärungstag ist, sodaß erst an diesem Tage die Leistung bewirkt, die Erklärung abgegeben zu werden braucht. Bei Fristen tritt die Wirkung ein, daß sie erst mit dem nächsten Werktag ablaufen; so kann z. B. im Falle des § 565 Abs. 1 Satz 2, falls der 15. ein Sonn- oder Feiertag ist, noch am 16. gekündigt werden. Daß aber am Sonn- oder Feiertage die Leistung nicht bewirkt, die Erklärung nicht abgegeben werden dürfe, ist nicht vorgeschrieben. Ist z. B. der Schuldner berechtigt, auch früher zu leisten, was nach § 271 Abs. 2 in der Regel der Fall ist, so kann er auch bereits am Sonntag oder Feiertage leisten, und der Gläubiger darf die ihm angebotene Leistung nicht zurückweisen, soweit nicht etwa das Angebot der Leistung am Sonn- oder Feiertage mit Rücksicht auf die Verkehrssitte gegen Treu und Glauben verstößt (§ 242).

c) Welche Tage allgemeine Feiertage sind, bestimmt sich nach den Landesgesetzen[7]).

d) Der Tag muß ein allgemeiner Feiertag am Erklärungs- oder Leistungsorte sein. Welcher Ort der Leistungsort ist, ergiebt sich aus § 269. Für den Erklärungsort fehlt es an einer Vorschrift im Gesetz; es muß daher in jedem einzelnen Falle untersucht werden, an welchem Orte der Erklärende seine Erklärung abzugeben hat. Nur hierauf, nicht wo die Erklärung dem anderen Theile zugeht, kann es ankommen.

e) Der Einfluß der Sonn- und Feiertage zeigt sich ferner da, wo ausdrücklich von Werktagen die Rede ist, z. B. im § 565[8]).

§ 186. II. Alle diese Vorschriften gelten in gleicher Weise für Frist- und Termins-

---

[6]) Der § 193 beruht auf einem Beschlusse des Reichstags s. KB. S. 30, 31.

[7]) In Preußen sind Feiertage: der Neujahrstag, der Ostermontag, der Pfingstmontag, die beiden Weihnachtstage, der Charfreitag, der Himmelfahrtstag und der Buß- und Bettag, welcher durch Ges. vom 12. März 1893 für die ganze Monarchie auf den Mittwoch vor dem letzten Trinitatissonntage gelegt ist.

[8]) Nach § 222 Abs. 2 CPO. und § 17 Abs. 2 RFG. endigt, wenn das Ende einer Frist auf einen Sonntag oder allgemeinen Feiertag fällt, die Frist mit Ablauf des nächstfolgenden Werktags. Ferner bestimmt § 222 Abs. 3 CPO., daß bei der Berechnung einer nach Stunden bestimmten Frist Sonntage und allgemeine Feiertage nicht mitgerechnet werden. Bei der Einlassungsfrist des § 604 CPO. müssen also die 24 Stunden an Werktagen abgelaufen sein.

bestimmungen, die in Gesetzen[9]), in gerichtlichen Verfügungen und in Rechtsgeschäften enthalten sind (§ 186). Sie haben jedoch nur die Bedeutung von Auslegungsregeln, kommen also nicht zur Anwendung, soweit aus dem Gesetze, der gerichtlichen Verfügung oder der Willenserklärung der Parteien sich etwas Anderes ergiebt. Es ist dies besonders für die Anwendung des § 193 zu beachten, der nicht etwa die Abgabe von Willenserklärungen oder die Bewirkung von Leistungen an Sonn- und Feiertagen verbietet; aus der Lage des einzelnen Falles wird sich häufig ergeben, daß die Leistung gerade am Sonn- und Feiertage bewirkt werden soll, der Schuldner also an diesem Tage leisten muß.

Achter Titel.

Verjährung.

§ 59. Allgemeines. Verjährung und Ausschlußfrist.

1. Es giebt Fälle, in denen der Ablauf einer gewissen Zeit auf den Bestand eines Rechtes von Einfluß ist.[1]) „Der Verkehr verträgt es nicht", sagen die Motive,[2]) „daß lange verschwiegene, in der Vergangenheit vielleicht weit zurückliegende Thatsachen zur Quelle von Anforderungen in einem Zeitpunkte gemacht werden, in dem der in Anspruch genommene Gegner in Folge der verdunkelnden Macht der Zeit entweder nicht mehr oder doch nur schwer noch in der Lage ist, die ihm zur Seite stehenden entlastenden Umstände mit Erfolg zu verwerthen." Deshalb bestimmt das Gesetz (§ 194 Abs. 1), daß gewisse Rechte mit dem Ablauf einer bestimmten Zeit eine Einbuße an ihrer Wirkung erleiden, daß sie der Verjährung[3]) unterliegen.

2. Die Verjährung beruht auf der beharrlichen Nichtbethätigung des Anspruchs, also ausschließlich auf einem Verhalten des Berechtigten. Ansprüche, welche der Berechtigte eine gewisse Zeit lang nicht geltend macht, werden aus Gründen des öffentlichen Interesses als erledigt behandelt. Deshalb ist guter Glaube des Schuldners[4]) kein Erforderniß der Verjährung.

---

[9]) Das HGB. enthält in Folge dessen keine Vorschriften über Zeitberechnungen (vergl. Denkschrift zum Entw. eines HGB. S. 207; s. jedoch S. 359 HGB.). Auch für die Berechnung prozessualischer Fristen gelten die Vorschriften des BGB. (§ 222 Abs. 1 CPO., § 17 Abs. 1 RFG.). Die besonderen Bestimmungen der Reichsgesetze bleiben aufrecht erhalten, z. B. § 19 Strafgesetzb., §§ 42, 43 StrPO., Artt. 30, 32, 41, 92 WO.

[1]) Es handelt sich in diesen Fällen um erlöschende oder erwerbende Verjährung oder um Ausschlußfristen. Ueber erwerbende Verjährung (Ersitzung) wird im Sachenrechte gehandelt werden (siehe auch Anm. 3). Ueber befristete Rechte siehe oben §. 48 S. 196.

[2]) M. I S. 291, vergl. auch S. 296—297.

[3]) Unter Verjährung versteht das BGB. (§§ 194 ff.) nur die erlöschende (extinktive) Verjährung, nicht, wie das ALR., auch die erwerbende (acquisitive, §§ 500, 501, 503 I, 9 ALR., „Verjährung durch Besitz" §§ 511, 579 ff. daselbst), welche das BGB. als Ersitzung bezeichnet (§§ 937 ff.). Verjährung und Ersitzung behandelt das BGB. nicht, wie das Landrecht, als zwei Unterarten (§§ 501—503 I, 9) desselben Rechtsinstituts (§ 500 I, 9), das dem ALR. als eine Art der Erwerbung des Eigenthums gilt. Vielmehr ist für das BGB. die Verjährung nur eine Anspruchsverjährung (§ 194 Abs. 1), deren Wirkung in einer Abschwächung des Anspruchs besteht (§ 222), die Ersitzung eine Art der Erwerbung des Eigenthums an beweglichen Sachen (§ 937, vergl. aber §§ 900, 1033). Deshalb behandelt das BGB. beide Institute getrennt, die Verjährung im allgemeinen Theile (fünften Abschnitte), die Ersitzung im Sachenrechte (drittem Abschnitte, drittem Titel unter II). Allgemeine, für beide Institute geltende Grundsätze, wie im ALR. (§§ 500—534 I, 9), sind demgemäß im BGB. nicht aufgestellt.

[4]) Der Schuldner ist nicht in gutem Glauben, wenn er den Anspruch kennt oder kennen muß (M. I S. 296—297, Prot. I S. 233 ff.). Es handelt sich um das Bewußtsein

§ 225. 3. Die Verjährungsvorschriften sind zwingender Natur; die Verjährung dient dem öffentlichen Interesse. Demgemäß kann die Verjährung im Voraus[5]) durch Rechtsgeschäft weder ausgeschlossen noch erschwert werden (§ 225 S. 1). Es kann also weder die Frist verlängert noch können hinsichtlich des Beginns, der Hemmung, Unterbrechung, Vollendung oder in sonstiger Beziehung Erschwerungen vereinbart werden.[6]) Ebensowenig können andererseits durch Rechtsgeschäft unverjährbare Ansprüche zu verjährbaren gemacht werden.[7]) Dagegen ist, als den Verjährungszweck fördernd, eine Erleichterung der Verjährung, insbesondere Abkürzung der Verjährungsfrist, zulässig (§ 225 S. 2). Eine besondere Form ist für Rechtsgeschäfte über Erleichterung der Verjährung nicht vorgeschrieben. Ob im einzelnen Falle die Absicht der Betheiligten auf Abkürzung der Verjährung gerichtet ist oder ob eine Ausschlußfrist gesetzt werden soll, ist Frage der Auslegung.

4. Ausschlußfrist und Verjährung unterscheiden sich begrifflich dadurch, daß die Ausschlußfrist eine Qualifikation des Rechtes selbst darstellt[8]), das Gebundensein einer Befugniß daran, daß sie innerhalb einer bestimmten Frist ausgeübt wird[9]), während bei der Verjährung ein an sich zeitlich unbegrenztes Recht durch Nichtausübung in seiner Wirksamkeit beschränkt wird.

In Ansehung des BGB. können Zweifel über den Charakter einer Frist nicht entstehen, da der Sprachgebrauch des Gesetzes streng zwischen Frist und Verjährung unterscheidet. Letztere liegt nur da vor, wo ausdrücklich von Verjährung die Rede ist[10]). Bei rechtsgeschäftlich bestimmten Fristen kann es sich nur um Ausschlußfristen handeln, wenn die Geltendmachung unverjährbarer Ansprüche oder die Ausübung von Rechten, welche keine Ansprüche sind, an eine Frist geknüpft wird, da die rechtsgeschäftliche Begründung der Verjährbarkeit unzulässig ist[11]). Auch bei verjährbaren Ansprüchen wird in der Regel eine Ausschlußfrist vorliegen, wenn vereinbart wird, daß ein Anspruch erlischt, falls er nicht innerhalb einer kürzeren Frist als der Verjährungsfrist geltend gemacht wird[12]).

Nach der positiven Gestaltung im BGB. sind folgende Unterschiede zwischen Verjährung und Ausschlußfrist hervorzuheben:

a) Die Verjährung beruht ausschließlich auf Gesetz, die Ausschlußfrist kann auch auf Rechtsgeschäft beruhen.

---

des Schuldners von dem Bestehen des Anspruchs (vergl. § 569 I, 9 ALR.), nicht um ein unredliches Verhalten beim Abschlusse des Rechtsgeschäfts, durch das der Anspruch begründet wird. Deshalb bildet der Ausschluß der kurzen Verjährung der §§ 477, 490 beim arglistigen Verschweigen des Mangels nicht, wie Neumann Anm. 1 zu § 195 anzunehmen scheint, eine Ausnahme von der Regel, daß guter Glaube des Schuldners für die Verjährung nicht erforderlich ist. Die kurze Verjährungsfrist findet auch Anwendung, wenn der Verkäufer in Ansehung der Verjährung nicht in gutem Glauben war, d. h. wenn er den Anspruch kannte oder kennen mußte.

[5]) Auf die Wirkung der vollendeten Verjährung kann verzichtet werden. Siehe unt. § 66 unt. 2.

[6]) Ausnahmen sind in Ansehung der Verlängerung der Verjährungsfrist zugelassen in den §§ 477 Abs. 1 S. 2, 480 Abs. 1 S. 2, 490 Abs. 1 S. 2, 524 Abs. 2 S. 3, 638 Abs. 2; vergl. HGB. §§ 414 Abs. 1 S. 2, 423 S. 1, 439 S. 1.

[7]) Vergl. M. I S. 345.

[8]) Siehe oben S. 18.

[9]) Dernburg PP. I § 165, Eccius I § 46, A. M. Hölder Vorbemerkung vor § 194 unter V S. 403. Daß die Befugniß „von vorneherein" schon mit ihrer Entstehung an die Ausübung innerhalb der Frist gebunden ist (Dernburg und Eccius a. a. O.), gehört nicht zum Wesen der Ausschlußfrist. Eine solche kann grundsätzlich auch nach Entstehung der Befugniß vereinbart oder bestimmt werden (vergl. z. B. §§ 108, 177, 355).

[10]) Siehe z. B. § 801 Abs. 1: S. 1 — 30jährige Ausschlußfrist, S. 2 — 2jährige Verjährung. Vergl. hierzu Rehbein Anm. 2 zu §§ 194 ff.

[11]) Siehe im Texte unter 3.

[12]) Ob. Tr. Bd. 14 S. 222. Dernburg PP. I § 164 Anm. 14; vergl. auch Rehbein, Entscheidungen des Ob. Tr., 1. Aufl., I S. 931 ff. Anm.

b) Die Verjährung findet ausschließlich bei Ansprüchen statt (§ 194 Abs. 1), die Ausschlußfrist auch und hauptsächlich[13]) bei anderen Befugnissen.

c) Die Verjährung begründet eine Einrede (§ 222), der Ablauf der Ausschlußfrist das Erlöschen des Rechtes[14]).

d) Die Verjährung wird durch die Geltendmachung des Anspruchs nur unterbrochen, so daß der Lauf der Verjährungsfrist von neuem beginnt (§ 217). Bei der Ausschlußfrist wird das Recht durch die Ausübung innerhalb der Frist ein für alle Mal gewahrt.

e) Im Gegensatze zur Verjährung wird bei der gesetzlich bestimmten Ausschlußfrist die Rechtsänderung grundsätzlich durch den bloßen Fristablauf bewirkt ohne Rücksicht auf Umstände, welche die Geltendmachung des Rechtes hinderten[15]). Dieser Grundsatz ist jedoch durch zahlreiche Sonderbestimmungen durchbrochen, die Vorschriften über die Hemmung, Unterbrechung und Vollendung der Verjährung (§§ 203, 206—208) auf Ausschlußfristen für anwendbar erklären[16]).

Bei rechtsgeschäftlich bestimmten Ausschlußfristen ist es Frage der Auslegung, welche Umstände dem Ablaufe der Frist entgegenstehen sollen. Die Vorschriften der §§ 157, 242 sind insbesondere zu berücksichtigen[17]).

§ 60. Gegenstand der Verjährung.

Gegenstand der Verjährung sind ausschließlich die Ansprüche (§ 194 Abs. 1)[1]). **§ 194 Abs. 1.**
Hierzu ist im Einzelnen zu bemerken:

A. Der Anspruch unterliegt der Verjährung. Hieraus ergiebt sich:

---

[13]) Die Ansicht, daß der Ablauf der Ausschlußfrist nur die Aufhebung von Befugnissen bewirke, welchen eine Verpflichtung eines Anderen nicht gegenüberstehe, die Verjährung das Erlöschen von Verbindlichkeiten (Ob. Tr. Bd. 83 S. 278, RG. Bd. 27 S. 286—287), war schon für das preußische Recht unzutreffend. Das Gegentheil beweisen z. B. die Ausschlußfristen in Versicherungsverträgen und bei Börsengeschäften (Ob. Trib. Bd. 14 S. 222, ROHG. Bd. 5 S. 182), deren Ablauf das Erlöschen von Ansprüchen zur Folge hat. Für das BGB. vergl. z. B. §§ 801 Abs. 1 S. 1, 864 Abs. 1, 977 S. 2.

[14]) Vergl. die Zitate in Anm. 16. Aus dem Erlöschen des Rechtes beim Ablaufe der Ausschlußfrist folgt, daß diese, anders als die Verjährung, im Prozesse von Amtswegen zu berücksichtigen ist.

[15]) Schon hieraus ergiebt sich, daß die Vorschrift, ein Recht müsse unverzüglich (ohne schuldhaftes Zögern) ausgeübt werden (§§ 121, 703), die Bestimmung einer Ausschlußfrist (Neumann, Vorbemerkung vor § 186 unter 4a) nicht enthält. Daß der Mangel einer Fahrlässigkeit den Fristablauf hindert, widerspricht dem Wesen der Ausschlußfrist.

[16]) Vgl. §§ 124, 210, 212, 215, 802, 1170, 1188, 1339, 1571, 1594, 1944, 1954, 1995—1997, 2082, 2283, 2340; siehe auch § 2252 Absatz 2, KO. § 41, Anfechtungsgesetz vom 21. 7. 1879 (neue Fassung) § 12.

[17]) Vgl. auch RG. Bd. 9 S. 35, Bd. 22 S. 203 ff.

[1]) Ueber den Begriff des Anspruchs siehe oben S. 118. Es ist zu beachten, daß nur diejenigen Rechte, welche auf das Thun oder Unterlassen eines Anderen gerichtet sind und sich darin erschöpfen, vom BGB. als Ansprüche bezeichnet werden. Beispielsweise ist der Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft (§ 758) gerichtet auf ein Thun der Theilhaber (§ 194 Abs. 1), nämlich auf die Mitwirkung bei denjenigen Handlungen und Willenserklärungen, durch welche die Aufhebung der Gemeinschaft erfolgt (vgl. §§ 752—756). Deshalb ist auch die Ansicht von Leonhardt (§ 63 unter III, e) irrig, daß der Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft kein Anspruch im Sinne des § 194 sei, weil er durch einen einseitigen Willensakt dessen verwirklicht werde, der die Gemeinschaft aufhebe. Die §§ 752 ff. ergeben deutlich das Gegentheil. — Gegenstand der Berichtigungsansprüche der §§ 894—896 ist nicht die Grundbuchberichtigung, sondern die Zustimmung zu der Berichtigung (§ 894), die Veranlassung der Eintragung (§ 895), die Vorlegung des Briefes (§ 896), also lediglich ein Thun des Anderen. Daß auch das Recht auf Wandelung und Minderung einen in einem Thun bestehenden Anspruch im Sinne des § 194 darstellt, kann nach den

I. **Der Anspruch verjährt, nicht das Recht.** Das **dingliche Recht**[2]) bleibt also an sich unberührt, auch wenn der dingliche Anspruch verjährt ist[3]). Die Mißstände, welche sich aus dem Bestehenbleiben des dinglichen Rechtes bei Verjährung des Anspruchs ergeben (dominium sine re), sind durch die Sondervorschriften der §§ 901, 1028 Abs. 1 sowie durch die Vorschriften über den Erwerb beweglicher Sachen in gutem Glauben und die Ersitzung großentheils beseitigt.[4])

Auch bei **Schuldverhältnissen** ist die Unterscheidung zwischen Recht und Anspruch von Bedeutung.[5]) Ein Schuldverhältniß erzeugt nicht unbedingt nur Ansprüche, es kann auch Befugnisse begründen, die keine Ansprüche sind (z. B. Anfechtung, Widerruf, Rücktritt, Kündigung, Einrede) und die unter Umständen wirksam bestehen bleiben, auch wenn der Anspruch verjährt ist (z. B. Anfechtung, Einrede).[6]) Auch entstehen häufig aus einem Schuldverhältnisse mehrere Ansprüche. Die Verjährung des einen kann das Recht aus dem Schuldverhältniß an sich unberührt lassen, sie braucht nicht gleichzeitig die Verjährung des anderen Anspruchs zu bewirken.[7])

---

ausdrücklichen Bestimmungen des Gesetzes (§§ 465, 477 Abs. 1, 478 Abs. 1, 489, 490, 634 Abs. 1) und nach dessen Entstehungsgeschichte nicht zweifelhaft sein. — Man muß in den angeführten Fällen Anspruch und Recht auseinanderhalten und darf nicht übersehen, daß das Letztere weiter geht als der Anspruch. In den Fällen der §§ 758, 894—896 erschöpft sich der Anspruch in dem Thun, nicht aber das Recht in den Ansprüchen. Das Eigenthum an einem Grundstücke z. B. enthält das Recht, unter den Voraussetzungen des § 894 auf Grund der Zustimmung des Anderen die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung des Eigenthums herbeizuführen. Auf diese Bewirkung der Berichtigung selbst erstreckt sich aber der dingliche Anspruch nicht, der vielmehr nur auf die Zustimmung zu der Berichtigung gerichtet ist. Der dingliche Anspruch erschöpft sich also in dem Thun (der Zustimmung), das dingliche Recht geht darüber hinaus auf Bewirkung der Eintragung (vgl. auch die interessanten Ausführungen in der zweiten Kommission, Prot. III S. 105 ff.

[2]) Das Gleiche gilt von anderen absoluten Rechten (z. B. § 12).

[3]) Ist z. B. der Anspruch des A. auf Herausgabe der Sache gegen B. (§ 985) verjährt, so bleibt A. doch Eigenthümer der Sache. Er kann sie von C. vindizieren, wenn dieser sie besitzt, ohne Rechtsnachfolger des B. zu sein (§ 221), da sein Anspruch auf Herausgabe gegen C. nicht verjährt ist. Verliert B. die Sache und findet sie A., so kann B., falls nicht Ersitzung vorliegt (§ 937), die Herausgabe von A. nicht verlangen, da dieser Eigenthümer ist. Vgl. auch S. 232 Anm. 22 Beispiel 4.

[4]) Vergl. z. B. S. 232 Anm. 22 Beispiel 2 und 3. — Ein Erlöschen der dinglichen Rechte durch Nichtgebrauch kennt das BGB. nicht. In dem oft angeführten Suarezschen Beispiele (wenn ich meine Uhr verliere und mich 30 Jahre um sie nicht bekümmere, verliere ich mein Eigenthum, auch wenn sie kein Anderer in Besitz genommen hat) bleibt das Eigenthum unberührt. Auch fehlt es an einem Gegenstande der Verjährung, da ein Eigenthumsanspruch (§ 985) nicht besteht, wenn niemand die Uhr in Besitz genommen hat.

[5]) Es erscheint nicht zutreffend, bei Schuldverhältnissen Recht und Anspruch unbedingt für zusammenfallend zu erklären. (So Planck I S. 48, Endemann I § 90 III, Fischer-Henle Anm. 1 zu § 194, Gareis Anm. 1a zu § 194, S. Goldmann Anm. 2 II, 1 zu § 26 HGB., Neumann Anm. 1 zu § 194; vergl. dagegen auch Crome § 35 unter 1a. E.). Daß nach § 241 durch das Schuldverhältniß ein Anspruch begründet wird, beweist nicht, daß es sich in dem Anspruch erschöpft.

[6]) Der Verkäufer ist, auch wenn sein Anspruch auf den Kaufpreis nach § 196 verjährt ist, unter den Voraussetzungen der §§ 123, 124 zur Anfechtung wegen arglistiger Täuschung berechtigt. — Ueber Einreden siehe unten § 63 unter I, 1 S. 247.

[7]) Der Kaufvertrag begründet z. B. den Anspruch auf Uebergabe der Sache und den Anspruch auf Verschaffung des Eigenthums an der Sache (§ 433), den Anspruch auf Gewährleistung wegen Mängel im Rechte (§§ 434 ff.) und den Anspruch auf Gewährleistung wegen Mängel der Sache (§§ 459 ff.). Sind die Ansprüche auf Uebergabe der Sache und Verschaffung des Eigenthums verjährt, so kann allerdings von den anderen nicht mehr die Rede sein. Dagegen kann der Anspruch auf Gewährleistung wegen Mängel der Sache verjähren, ohne daß der wegen Mängel im Rechte dadurch berührt wird. Ferner

II. Der Anspruch verjährt, nicht nur die Klage. Die Verjährung richtet sich nicht gegen die Zulässigkeit der gerichtlichen Verfolgung, sondern gegen den Anspruch selbst.[8]) Der verjährte Anspruch kann nicht nur nicht im Wege der Klage, sondern auch sonst nicht geltend gemacht werden, insbesondere nicht durch Aufrechnung (§ 390 S. 1) oder im Wege der Einrede.[9]) Ausnahmen bestimmen in Ansehung der Aufrechnung § 390 S. 2, dessen Vorschrift jedoch durch die Bestimmungen der §§ 479, 639 Abs. 1 BGB., §§ 414 Abs. 3, 423, 439 HGB. eingeschränkt ist, und in Ansehung der Einrede die §§ 478, 490 Abs. 3 S. 1, 639 Abs. 1, 821, 853.[10])[11])

B. Alle Ansprüche unterliegen der Verjährung, soweit nicht das Gesetz Ausnahmen bestimmt. Gleichgültig ist es grundsätzlich, ob der Anspruch auf einem Schuldverhältniß, einem dinglichen Rechte, einem familienrechtlichen oder erbrechtlichen Verhältnisse beruht[12]). Hiernach unterliegen insbesondere der Verjährung auch der dingliche Anspruch[13]), und zwar auch soweit er auf Herstellung des dem dinglichen Rechte entsprechenden Zustandes für die Zukunft gerichtet ist (z. B. §§ 985 ff.)[14]), und der Erbschaftsanspruch (vgl. § 2026). Auch „das Recht, jährliche Leistungen und Abgaben von der Person oder dem Grundstücke eines Anderen zu fordern"[15]), kann als Ganzes verjähren, sofern nicht besondere Vorschriften (z. B. § 902 Abs. 1 S. 1) entgegenstehen[16]).

Ausnahmsweise ist die Verjährung bei folgenden Ansprüchen ausgeschlossen:

I. Von Ansprüchen aus Schuldverhältnissen ist nur der Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft der Verjährung entzogen (§ 758)[17]).

---

können dem Käufer mehrere Ansprüche auf Wandelung und Minderung zustehen. Der eine kann verjähren, der andere bestehen bleiben (vergl. § 475), z. B. wenn der eine Mangel arglistig verschwiegen ist, der andere nicht.

[8]) M. I S. 290.

[9]) Es ist zu beachten, daß hier nur von Einreden, die sich als Geltendmachung eines verjährten Anspruchs darstellen, die Rede ist, nicht von selbständigen Einreden (M. I S. 291). Ueber letztere siehe unter C. III des Textes S. 234. — Der Anspruch auf Wandelung z. B. kann auch im Wege der Einrede geltend gemacht werden, d. h. der Käufer ist berechtigt, auf Grund der Wandelung die Zahlung des Kaufpreises zu verweigern (vergl. hierzu Planck Anm. 3a zu § 478). Ist der Wandelungsanspruch verjährt, so steht dem Käufer, vorbehaltlich der Sondervorschrift des § 478, diese Einrede nicht mehr zu. Vergl. Dernburg PR. I § 172, RG. Bd. 2 S. 158 ff.

[10]) Nach Planck Anm. 3c zu § 222 soll es sich hier nicht um Ausnahmen von der Anspruchsverjährung, sondern um selbständige, der Verjährung nicht unterliegende Einreden handeln. Wäre dies der Standpunkt des Gesetzes, so hätte es nicht nur der oben angeführten Sondervorschriften nicht bedurft, sondern die Einrede würde in den Fällen der §§ 478, 639 Abs. 1 nach Verjährung des Anspruchs auch ohne Vornahme einer der in § 478 bezeichneten Handlungen geltend gemacht werden können.

[11]) Entsprechende Bestimmungen für Ausschlußfristen finden sich z. B. in §§ 2083, 2345, KO. § 41 Abs. 2.

[12]) Vergl. E. I § 154 Abs. 1 S. 2.

[13]) Die auch vom BGB. angenommene Bezeichnung „dinglicher Anspruch" (§ 221) für den aus einem dinglichen Rechte entstandenen, auf dessen Geltendmachung gerichteten Anspruch ist keine ganz zutreffende. Jeder Anspruch, auf welchem Rechtsgrund er auch beruhen mag, hat einen obligatorischen Charakter. Er besteht stets in dem Rechte, von einem bestimmten Anderen ein Thun oder Unterlassen zu verlangen (§ 194 Abs. 1). Ein Anspruch als solcher kann niemals dinglich sein. Vergl. auch Crome § 35 unter 1 und Anm. 12 und andererseits Gareis Anm. 2 zu § 221, Hölder Anm. 1 zu § 221.

[14]) M. I S. 292 ff. Prot. I S. 195 ff. D. S. 50.

[15]) Vergl. §§ 509, 510, 656 I, 9 ALR.

[16]) Vergl. hierzu E. I § 160, M. I S. 310—311, Prot. I S. 212.

[17]) Vergl. auch unter II 2b S. 233.

II. In größerem Umfange sind dingliche Ansprüche von der Verjährung ausgeschlossen.

§ 902. 1. Gemäß dem Zwecke der Grundbucheinrichtung, den eingetragenen Rechten durch die Eintragung zweifellosen Bestand zu sichern, unterliegen die Ansprüche aus eingetragenen Rechten[18]) der Verjährung nicht (§ 902 Abs. 1 S. 1). Dem eingetragenen Rechte steht dasjenige gleich, zu dessen Gunsten ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen ist (§§ 902 Abs. 2, 899)[19]). Zum Ausschlusse der Verjährung ist nicht erforderlich, daß der Berechtigte als solcher eingetragen ist[20]), es genügt, daß das Recht aus dem Grundbuch erhellt (§ 902: Ansprüche aus eingetragenen Rechten), so daß z. B. auch der Eigenthumsanspruch des nicht eingetragenen Erben des eingetragenen Eigenthümers der Verjährung nicht unterworfen ist[21]).

Von dem Grundsatze des § 902 Abs. 1 S. 1 bestehen zwei Ausnahmen:

a) Ansprüche aus eingetragenen Rechten auf Rückstände wiederkehrender Leistungen (z. B. Zinsen, Renten, die einzelnen Leistungen auf Grund einer Reallast) oder auf Schadensersatz (z. B. Ersatz von Früchten, Ersatz der herauszugebenden Sache, vgl. z. B. § 989) sind der Verjährung unterworfen (§ 902 Abs. 2); denn über die Rechte, soweit sie sich in diesen Ansprüchen bethätigen, giebt das Grundbuch keine Auskunft.

b) Der Verjährung unterliegt ferner der Anspruch des Grunddienstbarkeitsberechtigten auf Beseitigung der Beeinträchtigung durch eine auf dem belasteten Grundstück errichtete Anlage, auch wenn die Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragen ist (§ 1028 Abs. 1 S. 1).

2. Andererseits sind auch einige dingliche Ansprüche ohne Rücksicht darauf, ob sie auf eingetragenen Rechten beruhen, der Verjährung entzogen.

§ 898. a) Die durch die §§ 894—896 bestimmten dinglichen Ansprüche auf Mitwirkung bei Berichtigung des Grundbuchs unterliegen nicht der Verjährung (§ 898). Zweck dieser Vorschrift ist, den formellen Berichtigungsanspruch von dem materiellen Hauptanspruch abhängig zu machen. Doch ist dieser Zweck nicht vollständig erreicht. Zwar verhindert die Vorschrift des § 898 einerseits, daß der Berichtigungsanspruch verjährt, während der Hauptanspruch nicht verjährt ist, sie bewirkt aber andererseits, daß der Berichtigungsanspruch trotz der Verjährung des Hauptanspruchs unberührt bleibt[22]).

---

[18]) Unter „eingetragenen Rechten" sind nur die Rechte an einem Grundstück und die Rechte an einem solchen Rechte zu verstehen (vergl. E. I § 847 S. 1 und Prot. III S. 117—118). Daher findet die Vorschrift des § 902 Abs. 1 S. 1 bei der Hypothek auf die miteingetragene Forderung (§§ 1113, 1138) nicht Anwendung. Der persönliche Anspruch, für den die Hypothek besteht, unterliegt trotz der Eintragung der Verjährung (§ 223 Abs. 1). Vergl. auch Oberneck § 46 unter 3d, Planck Anm. 2 zu § 902.

[19]) Die durch eine Vormerkung (§ 883) gesicherten Ansprüche unterliegen der Verjährung; vergl. Endemann II § 66 unter 1a, Oberneck § 46 unter 2, Fuchs Anm. 5b zu § 902 S. 197.

[20]) Anders nach Preußischem Rechte. Vergl. § 7 des Eigenthumserwerbsgesetzes vom 5. 5. 1872.

[21]) M. III S. 254, Oberneck § 46 unter 3a.

[22]) Vergl. hierzu Prot. III S. 103 ff. Die entgegengesetzte Ansicht von Endemann II § 63 Anm. 5 und § 66 unter 2a, Planck Anm. zu § 898, Neumann Anm. zu § 898, daß der Berichtigungsanspruch mit dem Hauptanspruche verjährt, widerspricht der klaren Vorschrift des § 898. Sie beruht auf der unzulässigen Identifizierung von dinglichem Rechte und dinglichem Anspruche (siehe S. 230 unter I). Das Verhältniß des Haupt-

Durch § 1138 sind die Vermuthung für das Bestehen des eingetragenen Rechtes (§ 891) und der öffentliche Glaube des Grundbuchs (§§ 892, 893) in Ansehung der Hypothek (mit Ausnahme der Sicherungshypothek § 1185 Abs. 2) auch auf die persönliche Forderung und die dem Eigenthümer nach § 1137 zustehenden Einreden erstreckt und deshalb der Berichtigungsanspruch (§§ 894 ff.) auch für diesen Fall gegeben[23]). Auch dieser Anspruch unterliegt der Verjährung nicht (§§ 1138, 898)[24]). Das Gleiche gilt von dem Berichtigungsanspruche nach § 1157 S. 2. **§ 1138.**

b) Die im § 924 aufgeführten nachbarrechtlichen Ansprüche, mögen sie dinglicher oder obligatorischer Natur sein, unterliegen gleichfalls nicht der Verjährung. **§ 924.**

III. Ansprüche aus einem familienrechtlichen Verhältniß unterliegen der Verjährung insoweit nicht, als sie auf die Herstellung des dem Verhältniß entsprechenden Zustandes für die Zukunft gerichtet sind (§ 194 Abs. 2). Diese Ansprüche beruhen auf einer zur Rechtspflicht erhobenen sittlichen Pflicht, sie müssen deshalb bestehen, so lange das familienrechtliche Verhältniß besteht, **§ 194 Abs. 2.**

---

anspruchs zum Berechtigungsanspruch mögen folgende Beispiele erläutern: 1. Dem A. steht an dem Grundstücke des B. ein im Grundbuch eingetragenes Nothwegerecht zu. Durch das Aufhören der Zugangsnoth erlischt das Nothwegerecht von selbst (§ 917). Dann steht dem B. gegen A. der negatorische Anspruch auf Unterlassung der weiteren Benutzung zu (§ 1004), er kann ferner Zustimmung des A. zur Löschung des Rechtes verlangen (§ 894). Der negatorische Anspruch ist nach § 902 unverjährbar, der Berichtigungsanspruch nach § 898. — 2. Die auf dem Grundstücke des C. für D. eingetragene Hypothek wird auf Grund einer nach § 105 Abs. 2 nichtigen Erklärung des D., also mit Unrecht, gelöscht. Dadurch wird die Hypothek des D. nicht aufgehoben. Ihm stehen trotz der Löschung der Anspruch auf Befriedigung aus dem Grundstücke (§§ 1113, 1147) und außerdem der Anspruch auf Zustimmung des C. zur Wiedereintragung der Hypothek zu. Verjährt der erstere Anspruch, so erlischt damit die Hypothek (§ 901 S. 1). Der Berichtigungsanspruch wird dadurch hinfällig, da nunmehr der Inhalt des Grundbuchs mit der wirklichen Rechtslage im Einklange steht. — 3. Das Gleiche gilt, wenn E. auf Grund einer nichtigen Auflassung 30 Jahre lang als Eigenthümer des Grundstücks des F. eingetragen ist und das Grundstück während dieser Zeit im Eigenbesitze gehabt hat. Dann erwirbt E. mit der Verjährung des Anspruchs des F. auf Herausgabe des Grundstücks das Eigenthum (§ 900), der Berichtigungsanspruch des F. wird damit hinfällig. — 4. Anders wenn E. das Grundstück nur 20 Jahre im Eigenbesitze hat und es dann durch Rechtsnachfolge in den Besitz des G. gekommen ist. Dann ist nach weiteren 10 Jahren der Anspruch des F. auf Herausgabe des Grundstücks verjährt (§ 221), sein Eigenthum bleibt aber bestehen (§ 901 gilt nur für Rechte an fremden Grundstücken), also auch der unverjährbare Berichtigungsanspruch. F. kann sich demnach eintragen lassen und das Grundstück veräußern. Ebenso Fuchs Anm. 2 zu § 898. Aus praktischen Erwägungen zu einem anderen Resultate zu gelangen, das mit dem Gesetze nicht im Einklange steht (so Oberneck § 45 bei Anm. 20), ist nicht angängig.

[23]) Für ein Darlehn wird eine Hypothek eingetragen mit der Maßgabe, daß das Darlehn nach sechsmonatiger Kündigung rückzahlbar sein soll. Nicht eingetragen ist die Abrede, daß bei pünktlicher Zinszahlung die Kündigung bis zum 1. 7. 1909 ausgeschlossen sein soll. Die durch diese Abrede begründete Einrede gegen die persönliche Forderung würde der Eigenthümer nach §§ 1138, 892 dem gutgläubigen Erwerber der Hypothek gegenüber nicht geltend machen können. Er kann deshalb in Ansehung dieser Einrede Zustimmung des Gläubigers zur Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung der Abrede verlangen.

[24]) Wieso „durch § 898" die persönliche Forderung „zufolge der Eintragung" der Verjährung entzogen sein soll (Fischer-Henle Anm. 2 zu § 1138), ist nicht abzusehen. In Frage könnte nur kommen, ob die persönliche Forderung nach § 1138 als ein Bestandtheil des eingetragenen dinglichen Rechtes anzusehen und deshalb § 902 anzuwenden ist (siehe oben S. 232 Anm. 18). Die Frage ist ohne praktische Bedeutung, da § 1138 nur gilt, soweit es sich um die Geltendmachung des Pfandrechts handelt („für die Hypothek", Fischer-Henle Anm. 1 zu § 1138), der die Verjährung nach § 223 Abs. 1 ohnehin nicht entgegensteht.

auf dem die sittliche Pflicht beruht[25]). Voraussetzung für den Ausschluß der Verjährung ist,

1. daß der Anspruch auf Herstellung des dem familienrechtlichen Verhältniß entsprechenden Zustandes gerichtet ist. Ist dies der Fall, so ist es gleichgültig, ob der Anspruch vermögensrechtlicher Natur ist (z. B. Unterhaltsanspruch §§ 1601 ff.)[26]) oder nicht (z. B. §§ 1353, 1356, 1617), und ob er gegen Familienangehörige oder gegen Dritte (z. B. §§ 1632) gerichtet ist;

2. daß der Anspruch auf die Zukunft gerichtet ist. Beispielsweise unterliegt der Unterhaltsanspruch für die Vergangenheit (§ 1613) der Verjährung.

IV. Der Verjährung entzogen ist endlich der Anspruch des Miterben auf Auseinandersetzung (§§ 2042, 758.).

C. Nur Ansprüche sind Gegenstand der Verjährung, nicht Befugnisse, welche keine Ansprüche sind (z. B. Kündigung, Wiederkaufs-, Vorkaufsrecht). Im Einzelnen ist hierzu zu bemerken:

I. Die im Eigenthum enthaltenen Befugnisse (§ 903) sowie die sogenannten res merae facultatis[27]) können nicht Gegenstand der Verjährung sein.

II. Befugnisse, welche das BGB. als einseitige Willenserklärungen, nicht als Ansprüche konstruiert hat, unterliegen in Folge dessen nicht der Verjährung, z. B. die Anfechtung und das Rücktrittsrecht[28]). Dagegen können durch die, in der Regel an eine Ausschlußfrist gebundene, Ausübung dieser Rechte Ansprüche begründet werden, die der Verjährung unterliegen (vgl. § 200).

III. Einreden, welche nicht die Geltendmachung eines Anspruchs darstellen, denen vielmehr eine selbständige Bedeutung zukommt[29]), sowie sonstige Einwendungen[30]) können nicht verjähren.

IV. Endlich können auch bloße Klagerechte nicht Gegenstand der Verjährung sein. Daß, soweit es sich um Ansprüche handelt, der Anspruch selbst verjährt, nicht nur das Klagerecht, d. h. das Recht, ihn gerichtlich geltend zu machen, ist schon oben gesagt[31]). Hier handelt es sich um Klagerechte, denen ein Anspruch nicht zu Grunde liegt[32]). Sie können nicht verjähren, da sie eben keine Ansprüche im Sinne des BGB. sind. Soweit sie an eine Ausschlußfrist gebunden sind (z. B. § 1571), werden sie durch Erhebung der Klage für immer erhalten[33]), falls ihre sonstigen Voraussetzungen vorliegen.

---

[25]) M. I S. 294.

[26]) Vergl. ferner §§ 1360, 1361, 1427, 1428, 1708 Abs. 2. Auch §§ 1578—1581 gehören hierher, da auch der Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten auf einem familienrechtlichen Verhältnisse beruht. (Ebenso Fischer-Henle Anm. 3 zu § 194, Neumann Anm. 3aγ zu § 194.) Daß dies Verhältniß nicht mit der Auflösung der Ehe aufhört, ergiebt auch § 1590 Abs. 2.

[27]) Vergl. § 505 I, 9 ALR.: „Rechte der natürlichen oder der allgemeinen bürgerlichen Freiheit"; z. B. Gew.O. § 1.

[28]) Siehe oben S. 118.

[29]) Z. B. die Einrede der Verjährung selbst. Eine selbständige Bedeutung hat auch die Einrede des nicht erfüllten Vertrags (§ 320). Wenn der Anspruch des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises verjährt ist, so kann er doch die Uebergabe der Sache bis zur Zahlung des Kaufpreises verweigern. Vergl. Rehbein Anm. I, 4 zu §§ 194 ff. S. 302.

[30]) Siehen unten § 63 unter I, 1 S. 247.

[31]) S. 231 unter II.

[32]) „Konstitutive Klagerechte" (Fischer-Henle Anm. 2 zu § 194), vergl. §§ 1418, 1468, 1469, 1495, 1542, 1549, 1564 ff., und über ihren konstitutiven Charakter §§ 1418 Abs. 2, 1470, 1496, 1542 Abs. 2, 1564 S. 3. Im Falle des § 2342 (Fischer-Henle a. a. O.), handelt es sich nicht um ein konstitutives Klagerecht, sondern um eine im Wege der Klage erfolgende Anfechtung (vergl. §§ 2340, 2344).

[33]) Siehe oben S. 229 unter d.

Die Feststellungsklage (CPO. § 256) ist ein prozessualisches Recht, kein Anspruch[34]). Sie unterliegt deshalb nicht der Verjährung. Ob die Feststellungsklage in Ansehung eines verjährten Anspruchs noch gegeben ist, ist Frage des einzelnen Falles[35]) [36]).

§ 61. Verjährungsfrist.

I. Die regelmäßige Verjährungsfrist beträgt 30 Jahre[1]) (§ 195). Ihr unterliegen alle Ansprüche, für welche nicht durch Gesetz oder Rechtsgeschäft (§ 225) eine andere Frist bestimmt ist. **§ 195.**

Eine längere Verjährungsfrist als 30 Jahre kennt das BGB. nicht.[2]) [3]) Dagegen hat es vielfach für einzelne Ansprüche kürzere Verjährungsfristen, von 6 Wochen (§ 490 Abs. 1) bis zu 5 Jahren (§ 638 Abs. 1), bestimmt, welche bei den betreffenden Ansprüchen zu erwähnen sind.[4])

Für die Berechnung der Verjährungsfrist sind die §§ 187, 188 maßgebend (§ 186). Danach endet die Frist mit dem Ablaufe des letzten Tages des bestimmten Zeitraums nach Maßgabe des § 188. Durch Schalttage wird die Verjährungsfrist nicht geändert.[5]) Hat die Verjährung an einem 29. Februar begonnen, so läuft sie im Falle des § 187 Abs. 1 in einem Schaltjahre mit dem 29. Februar, sonst stets mit dem 28. Februar ab. Eine nach Monaten bestimmte Verjährungsfrist wird gleichfalls nach § 188 Abs. 2 und 3 berechnet[6]).

---

[34]) Vergl. hierzu M. I S. 291, 295.

[35]) Sie kann z. B. begründet sein als negative Feststellungsklage des Schuldners, als Klage des Gläubigers in Rücksicht auf § 390 S. 2. — Vergl. Hölder Anm. 3 zu § 194, Leonhard § 63 III, f.

[36]) Den Sprachgebrauch der bisherigen Reichsgesetze (Klage, Forderungs-, Anspruchs-Verjährung) stellen die M. I S. 290 Anm. 1 zusammen. Hinzuzufügen ist, daß auch HGB. Art. 906 ff. von Verjährung der „Forderung" sprachen, und daß nach § 34 der alten KO. und des § 12 des Anfechtungsgesetzes vom 21. 7. 1879 (in alter Fassung) das „Anfechtungsrecht" verjährte. — Das neue HGB. ist, abgesehen von §§ 901, 903—905, in denen von Verjährung der „Forderungen" gesprochen wird, mit dem BGB. in Uebereinstimmung gebracht. Es ist überall von Anspruchs- (nicht wie früher von Klage-) Verjährung die Rede (vergl. §§ 26, 61, 159, 206, 241 Abs. 5, 249 Abs. 4, 326 Abs. 3, 414, 423, 439, 470 HGB.). Im § 8 des Haftpflichtgesetzes vom 7. 6. 1871 ist „Forderungen" stehen geblieben (EG. Art. 42 III). — Das BGB. bedient sich des Wortes „Anspruch" stets im Sinne des § 194 Abs. 1. Dagegen ist zu beachten, daß die CPO. unter „Anspruch" jedes durch Klage geltend gemachte Begehren versteht (Fischer-Henle Anm. 1 zu § 194), auch wenn es keinen Anspruch im Sinne des § 194 Abs. 1 darstellt (siehe oben S. 118 Anm. 14).

[1]) Ebenso wie nach ALR. (§ 546 I, 9) und nach gemeinem Rechte.

[2]) Insbesondere unterliegen auch die Ansprüche des Fiskus, der Kirchen und der diesen gleichgestellten Korporationen (§§ 632—640 I, 9 ALR.) der regelmäßigen Verjährungsfrist.

[3]) Die unvordenkliche Verjährung ist dem BGB., ebenso wie dem Landrecht, unbekannt (vergl. Dernburg PP. I § 179). — §§ 655—659 I, 9 ALR. sind als öffentlich-rechtlich aufrecht erhalten (Preuß. AG. Art. 89 Nr. 1, b).

[4]) Vergl. §§ 477, 480, 490, 524 Abs. 2, 558, 606, 638, 786, 801, 804, 852, 1057, 1226, 1302, 1623, 1715, 2287, 2332; ferner HGB. §§ 26, 61, 159, 206, 241, 249, 326, 414, 423, 439, 470, 901, 904, 905.

[5]) Ebenso Hölder Anm. 4 a zu § 195.

[6]) § 193 findet auf die Verjährungsfrist nicht Anwendung, da der Gläubiger hier innerhalb der Frist weder eine Willenserklärung abzugeben noch eine Leistung zu bewirken hat. S. oben S. 226 unter a. A. M. ohne Begründung Hölder Anm. 4 b zu § 195; Rehbein Anm. II zu §§ 194 ff. S. 303.

II. In den §§ 196 und 197 ist[7]) aus rechtspolizeilichen und wirthschaftlichen Gründen für ganze Kategorien von Ansprüchen eine zwei- beziehungsweise vierjährige Verjährungsfrist bestimmt.

§ 196. a) In zwei Jahren verjähren die in § 196 Abs. 1 bezeichneten 17 Kategorien, die vorwiegend Ansprüche aus den Geschäften des täglichen Verkehrs darstellen[8]).

In Betreff der einzelnen in Betracht kommenden Ansprüche ist folgendes zu bemerken:

Zu Nr. 1. 1. Neben den Kaufleuten, Fabrikanten und Handwerkern sind noch die Kunstgewerbe-Treibenden[9]) genannt, nicht auch die Künstler, deren Ansprüche der regelmäßigen Verjährungsfrist unterliegen.

2. Die zweijährige Verjährung findet Anwendung auf die Ansprüche nicht nur für Lieferung von Waaren[10]) und Ausführung von Arbeiten, sondern auch für Besorgung fremder Geschäfte, z. B. auf die Provisionsansprüche der Kommissionäre, Spediteure, Handlungsagenten, Handelsmäkler, und zwar auf alle in Nr. 1 aufgeführten Ansprüche mit Einschluß der Auslagen[11]).

3. Der Begriff des Kaufmanns bestimmt sich nach den §§ 1—3, 5—7 HGB.[12]) Danach hängt es bei einem gewerblichen Unternehmen, das nach § 1 HGB. nicht als Handelsgewerbe gilt, sowie bei einem mit der Land- und Forstwirthschaft verbundenen Nebengewerbe von der Eintragung in das Handelsregister nach Maßgabe der §§ 2, 3 HGB. ab, ob die im § 196 Nr. 1 bezeichneten Ansprüche der Unternehmer der zweijährigen Verjährung unterliegen. Sind die Unternehmer eingetragen, so gelten sie als Kaufleute.[13])

4. Die in Nr. 1 bezeichneten Ansprüche unterliegen ausnahmsweise der zweijährigen Verjährung nicht, wenn die Leistung für den Gewerbetrieb[14])

---

[7]) In Anlehnung an das Preußische Gesetz vom 31. 3. 1838. Dieses Gesetz ist durch Preuß. AG. Art. 89 Nr. 9 aufgehoben.

[8]) Im Gegensatze zum Preußischen Gesetze vom 31. 3. 1838, das diese Ansprüche theils einer zweijährigen, theils einer vierjährigen Verjährung unterworfen hatte, unterliegen sie nach dem BGB. sämmtlich der zweijährigen Verjährung.

[9]) Das Kunstgewerbe (Handwerk, Industrie) nimmt eine Mittelstellung zwischen Gewerbe und Kunst ein. Es ist ein Gewerbe, das Gebrauchsgegenstände in künstlerischer Form herstellt. Kunstgewerbe-Treibende sind z. B. Kunsttischler, Dekorationsmaler, nicht aber Heilkünstler, Mechaniker (Kuhlenbeck Anm. 2 zu § 196). Erstere fallen unter Nr. 7, letztere sind Handwerker. Ein Handwerk, zu dessen Ausübung eine besondere Kunstfertigkeit oder Geschicklichkeit erforderlich ist (z. B. Mechaniker, Uhrmacher), wird dadurch noch nicht zum Kunstgewerbe.

[10]) Unter Waaren im Sinne des § 196 Abs. 1 Nr. 1 sind auch Werthpapiere im Sinne des HGB. zu verstehen; vergl. HGB. § 381, D. zum E. eines HGB. (Berlin 1896, Carl Heymanns Verlag) S. 473, andererseits allerdings HGB. §§ 1 Abs. 2 Nr. 1, 383, 400.

[11]) Es verjähren z. B. in zwei Jahren die Ansprüche eines Maurerpoliers nicht nur für geleistete Maurerarbeiten, sondern auch für gelieferte Baumaterialien und Fuhren (anders Strieth. Arch. Bd. 51 S. 27 ff., vergl. hierzu Rehbein Anm. V, 5, a zu §§ 194 ff. S. 328). Ebenso der Anspruch des Kaufmanns nicht nur für die Waare, sondern auch für die Kiste und die Verpackung. Hierher gehört ferner der Anspruch des Einkaufskommissionärs auf Erstattung des verauslagten Kaufpreises (BGB. § 670).

[12]) Vergl. hierzu Staub Anm. 1 zu § 1 HGB., S. Goldmann Vorbemerkung II zu § 1 HGB.

[13]) Die Ansprüche eines Bauunternehmers aus einem Bau-Entreprise-Vertrage verjähren danach, wenn der Bauunternehmer nach § 2 HGB. in das Handelsregister eingetragen ist, in 2 Jahren, sonst in 30 Jahren (vergl. Ob. Trib. Bd. 34 S. 97). Hat ein eingetragener Bauunternehmer den Bau eines Geschäftshauses für den Geschäftsbetrieb eines Anderen übernommen, so verjähren seine Ansprüche in 4 Jahren (§ 196 Abs. 2).

[14]) Die Landwirthschaft ist kein Gewerbe (Strieth. Arch. Bd. 41 S. 262, RG. Bd. 1 S. 265 ff.). Ansprüche aus Leistungen für den Betrieb der Landwirthschaft unterliegen

des Schuldners — nicht des Empfängers[15]) — erfolgt ist. Daß diese Ausnahme vorliegt, hat der Gläubiger zu beweisen („es sei denn, daß . . . . ."). Ist die Leistung für den Gewerbebetrieb des Schuldners erfolgt, so verjährt der Anspruch in vier Jahren (§ 196 Abs. 2).

Zu Nr. 2. 1. Daß die Lieferung zur Verwendung im Haushalte des Schuldners erfolgt ist, hat der Schuldner zu beweisen („sofern"). Liegt diese Voraussetzung nicht vor, so verjähren die Ansprüche in vier Jahren (§ 196 Abs. 2).

2. Landwirthschaftliche Erzeugnisse sind die im landwirthschaftlichen Betrieb oder in einem Nebengewerbe erzeugten, also z. B. nicht nur Getreide, Kartoffeln, sondern auch Butter, Käse, Spiritus. Handelt es sich um Lieferung anderer Sachen, so tritt die regelmäßige Verjährung ein, mag die Lieferung zur Verwendung im Haushalte des Schuldners erfolgt sein oder nicht. Ist der die Land- oder Forstwirthschaft Betreibende gemäß § 3 HGB. ins Handelsregister eingetragen, so findet Nr. 1 Anwendung.[16])

Zu Nr. 4. Die Vorschrift erstreckt sich auch auf die Auslagen. Der Anspruch des Hoteliers verjährt also in zwei Jahren nicht nur in Ansehung der Zimmermiethe, der gelieferten Speisen und Getränke, sondern auch z. B. der für Droschken, Theaterbillets verauslagten Beträge.

Zu Nr. 5. Daß die Lotterieloose zum Weitervertriebe geliefert sind, hat der Gläubiger zu beweisen. Liegt diese Ausnahme vor, so verjährt der Anspruch in vier Jahren (§ 196 Abs. 2).

Zu Nr. 6. Gewerbsmäßige Vermiether beweglicher Sachen sind z. B. Leihbibliothekare, Musikalienverleiher, Inhaber von Maskengarderoben. — Der Anspruch auf Rückgabe der Sache unterliegt der regelmäßigen Verjährung.

Zu Nr. 7. Die Besorgung fremder Geschäfte oder die Leistung von Diensten betreiben gewerbsmäßig z. B. Rechtskonsulenten, Stellenvermittler, Gesindevermiether, Dienstmänner, Wäscherinnen. Hierher gehören auch Makler und Agenten, soweit sie nicht unter Nr. 1 fallen.[17])

Zu Nr. 8. 1. Hierher gehören z. B. die Ansprüche der Haus- und Wirthschaftsbeamten, Handlungsgehülfen, Hauslehrer, Erzieherinnen, Gesellschafterinnen sowie die des Gesindes.

2. Der kurzen Verjährung unterliegen nicht nur die Ansprüche der im Privatdienste Stehenden, sondern auch die der Dienstberechtigten wegen der auf die Ansprüche der Ersteren gewährten Vorschüsse.

Zu Nr. 11. 1. Die Vorschrift findet auch auf die Ansprüche der Heilanstalten Anwendung.

2. Der Anspruch auf Schulgeld, zu dessen Entrichtung das öffentliche Recht verpflichtet, unterliegt der Vorschrift nicht.[18])

---

daher der zweijährigen Verjährung, nicht aber Ansprüche aus Leistungen für die landwirthschaftlichen Nebengewerbe (z. B. eine Brennerei, Strieth. Arch. Bd. 50 S. 286), und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Firma des Unternehmers eingetragen ist oder nicht.

[15]) Josef, zur Auslegung der §§ 196, 197 des BGB. bei Gruchot Bd. 42 S. 1—2.

[16]) Verkauft ein Bauer oder ein Gutsbesitzer Butter zur Verwendung im Haushalte des Käufers, so verjährt der Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises in zwei Jahren (§ 196 Abs. 1 Nr. 2). Verkauft er die Butter zum Wiederverkaufe, so verjährt sein Anspruch in vier Jahren (§ 196 Abs. 2). Verkauft er ein Pferd, so findet die dreißigjährige Verjährung Anwendung. Ist ein Molkereibetrieb des Gutsbesitzers ins Handelsregister eingetragen und hatte er das Pferd in diesem Betriebe gebraucht, so verjährt der Anspruch in zwei beziehungsweise vier Jahren (§ 196 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2).

[17]) Wegen der Kommissionäre und Spediteure siehe oben S. 236 zu Nr. 1 unter 2.

[18]) M. I S. 301, Prot. I S. 205.

Zu Nr. 13. Daß der Anspruch des **öffentlichen Lehrers** auf Grund besonderer Einrichtungen gestundet ist, hat der Gläubiger zu beweisen. Liegt dieser Ausnahmefall vor, so tritt die regelmäßige Verjährung ein. § 196 Abs. 2 findet hier nicht Anwendung.

Zu Nr. 14. Diejenigen, welche Dienste der Aerzte oder Hebeammen leisten, ohne approbiert zu sein, unterstehen der Vorschrift nicht.[19]) Leisten sie ihre Dienste gewerbsmäßig (z. B. Zahntechniker, Kurpfuscher), so fallen sie unter Nr. 7; anderenfalls verjähren ihre Ansprüche in 30 Jahren.

Zu Nr. 15 und 16. 1. Der kurzen Verjährung unterliegen nicht nur die Ansprüche der **Rechtsanwälte** gegen ihre Auftraggeber (Nr. 15,) sondern auch die Ansprüche der Letzteren wegen der ihren Anwälten geleisteten Vorschüsse (Nr. 16).

2. **Soweit die Gebühren und Auslagen zur Staatskasse fließen** (vergl. z. B. § 24 Nr. 2 der Gebührenordnung für Gerichtsvollzieher vom 24. 6. 1878 in der Fassung vom 17./20. 5. 1898), tritt die regelmäßige Verjährungsfrist ein.

3. **Personen, die zur Besorgung gewisser Geschäfte öffentlich bestellt oder zugelassen sind**, sind z. B. Feldmesser, Taxatoren, Auktionskommissarien. Hierher gehören auch die nach § 157 Abs. 4 CPO. zum mündlichen Verhandeln zugelassenen Personen. Im übrigen unterstehen die Rechtskonsulenten der Nr. 7.

Zu Nr. 17. Nach § 16 S. 2 der Gebührenordnung vom 30. 6. 1878 (in der Fassung vom 17./20. 5. 1898) muß der Anspruch der Zeugen und Sachverständigen binnen drei Monaten bei dem zuständigen Gericht angemeldet werden. Werden die Gebühren und Auslagen sodann nicht erhoben, so verjährt der Anspruch in zwei Jahren.

§ 197. b) **In vier Jahren** verjähren die Ansprüche auf Rückstände von Zinsen einschließlich der Amortisationsquoten, von Mieth- und Pachtzinsen — vorbehaltlich der Vorschrift des § 196 Abs. 1 Nr. 6 — und von allen regelmäßig wiederkehrenden Leistungen, z. B. von Renten (§§ 759 ff., 801 Abs. 2, 843—845, 912 ff., 917), Auszugsleistungen, Besoldungen, Wartegeldern, Ruhegehalten (vergl. EG. Artt. 48, 49, 51), Unterhaltsbeiträgen (§§ 1360, 1361, 1578 ff., 1601 ff., 1708 ff.) (§ 197)[20]).

Im Einzelnen ist hierzu zu bemerken:

1. Ansprüche auf Rückstände von Zinsen, Mieth- und Pachtzinsen unterliegen der vierjährigen Verjährung auch dann, **wenn sie nur einmal zu zahlen sind**, wenn es sich also nicht um regelmäßig wiederkehrende Leistungen handelt.

2. **Zinsen** unterstehen der Vorschrift des § 197, mag es sich um rechtsgeschäftlich bestimmte oder um Verzugszinsen handeln[21]). Der Anspruch auf Ersatz eines weiteren Schadens auf Grund des Verzugs (§ 288 Abs. 2) unterliegt der Vorschrift des § 197 nicht[22]).

---

[19]) Anders E. I § 156 Nr. 8, vergl. Preuß. Gesetz vom 31. 3. 1838 § 2 Nr. 2.

[20]) In Preußen verjähren ferner in vier Jahren die im Art. 8 Preuß. AG. aufgeführten Ansprüche, insbesondere die Ansprüche der Kirchen, der Geistlichen und sonstigen Kirchenbeamten wegen der Gebühren für kirchliche Handlungen (Nr. 1 a. a. O.), sowie der Anspruch auf Zahlung von Gerichtskosten (Preuß. AG. Art. 86 § 1 VIII, § 13 des Preuß. Gerichtskostengesetzes vom 6. 10. 99). Vgl. ferner Gesetz vom 18. 6. 1840 über die Verjährungsfristen bei öffentlichen Abgaben §§ 8, 10 (Preuß. AG. Art. 9).

[21]) Anders E. I § 157, Gesetz vom 31. 3. 1838 § 2 Nr. 5.

[22]) Siehe aber unten unter III S. 239.

3. Regelmäßig wiederkehrende Leistungen im Sinne des § 197 sind nur solche, welche aus einem Hauptrechte hervorgehen (siehe die im § 197 angeführten Beispiele), nicht aber diejenigen, welche die Hauptverbindlichkeit selbst darstellen [23]). Diese unterliegen der für den bezüglichen Anspruch bestimmten Verjährung [24]). Eine Ausnahme bestimmt § 197 für den Fall, daß zum Zwecke allmählicher Tilgung eines Kapitals die Zahlung eines nach Prozenten bestimmten Zuschlags zu den Zinsen vereinbart ist. Der Anspruch auf Rückstände dieser sogenannten Annuitäten oder Amortisationsquoten verjährt in vier Jahren [25]).

4. Die Ansprüche auf Rückstände wiederkehrender Leistungen unterliegen der Verjährung auch dann, wenn sie auf einem eingetragenen Rechte beruhen (§ 902 Abs. 1 S. 2) [26]).

5. Für die vierjährige Verjährung des Anspruchs auf rückständige Unterhaltsbeiträge (§ 1613) ist nicht Voraussetzung, daß diese Beiträge in quali et quanto feststehen [27]).

III. Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder wegen verspäteter Erfüllung dient dazu, dem Gläubiger die ursprünglich geschuldete Leistung in Natur zu verschaffen oder, soweit dies nicht möglich ist, eine Ausgleichung in Geld herbeizuführen (§§ 249 ff.). Der Anspruch auf Schadensersatz ist demnach der Anspruch aus dem ursprünglichen Schuldverhältniß, [28]) er steht rechtlich dem Anspruch auf die ursprüngliche Leistung gleich, wegen dessen Nichterfüllung oder verspäteter Erfüllung Schadensersatz verlangt wird. Er unterliegt deshalb auch der gleichen Verjährung, wie dieser; er verjährt also in zwei beziehungsweise vier Jahren, wenn die Verjährung des Anspruchs auf die ursprünglich geschuldete Leistung sich nach §§ 196, 197 richtete. [29])

IV. Andere nach Begründung des Schuldverhältnisses eintretende Umstände als Nichterfüllung und verspätete Erfüllung können möglicher Weise auf die zur Anwendung gelangende Verjährungsfrist von Einfluß sein.

1. Ein Anspruch, welcher an sich einer kurzen Verjährung [30]) unterliegt, **§§ 218, 219 220 Abs. 1.**

---

[23]) Vgl. Rehbein, Die Entscheidungen des Preußischen Ob.-Trib., erste Auflage, Bd. 1 S. 1024 ff. Anm., RG. Bd. 24 S. 203 ff., Strieth Arch. Bd. 74 S. 64, Bd. 93 S. 327.

[24]) Der Anspruch auf die einzelnen Raten bei den sogenannten Abzahlungsgeschäften verjährt in 2 beziehungsweise 4 Jahren (§ 196 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2). Ist vereinbart, daß ein Darlehen von 300 M. in monatlichen Raten von 30 M. zurückgezahlt werden soll, so verjährt der Anspruch auf jede einzelne rückständige Rate in 30 Jahren (§ 195).

[25]) Vgl. hierzu M. I S. 306, Prot. I S. 209, 212 ff., D. S. 52—53.

[26]) Siehe oben S. 232 unter 1a.

[27]) Dieses Erforderniß, an dem allerdings die preußische Theorie und Praxis unabänderlich festgehalten hat (vgl. Ob. Trib. Präjudiz 2039, Praejud.-Sammlung I S. 410, RG. bei Gruchot Bd. 41 S. 936, Eccius IV § 228 Anm. 22, § 239 Anm. 43, Dernburg PP. I § 170 Nr. 2), wird schon von Koch (Anm. 92 zu § 5 des Gesetzes vom 31. 3. 1838) für das preußische Recht mit Recht als willkürlich bezeichnet. Nach dem BGB. ist eine solche Annahme unhaltbar (vgl. insbesondere §§ 198, 201). Ebenso Mantey, die Verjährung der auf cessio legis beruhenden Ansprüche des § 1709 BGB. und des § 62 Reichsgesetzes vom 6. 6. 1870, bei Gruchot Bd. 42 S. 545 ff., S. 555 ff., a. M. Rehbein Anm. V, 6, b zu §§ 194 ff. S. 330.

[28]) Vergl. M. II S. 52—53, CPO. §§ 268 No. 2 und 3.

[29]) Ebenso Rehbein Anm. V, 3 zu §§ 194 ff. S. 326. Vergl. Josef, Zur Auslegung der §§ 196, 197 BGB. bei Gruchot Bd. 42 S. 2 ff. A.M. RG. bei Gruchot Bd. 36 S. 999.

[30]) Das hier und im Folgenden (No. 1—3) Gesagte gilt für alle kürzeren Verjährungen, nicht nur für die Fälle der §§ 196, 197.

verjährt in 30 Jahren, wenn er rechtskräftig festgestellt ist (§ 218 Abs. 1 S. 1).[31])

a) Der Anspruch ist rechtskräftig festgestellt, wenn auf eine Leistungs- oder Feststellungsklage[32]) ein rechtskräftiges Urtheil (CPO. § 705), wenn auch unter Vorbehalt (BGB. § 219, CPO. §§ 302, 145 Abs. 2, 540, 529 Abs. 3, 599), ergangen, wenn ein rechtskräftiger Vollstreckungsbefehl (CPO. § 700) oder eine Entscheidung der im § 794 Abs. 1 No. 3 gedachten Art, gegen die Beschwerde nicht mehr zulässig ist,[33]) erlangt oder wenn zulässiger Weise ein Schiedsspruch (CPO. § 1040) oder eine rechtskräftige Entscheidung eines besonderen Gerichts (GVG. § 14), eines Verwaltungsgerichts oder einer Verwaltungsbehörde (GVG. § 13) erlassen ist (§ 220 Abs. 1).

b) Dem rechtskräftig festgestellten Anspruche stehen gleich (§ 218 Abs. 1 S. 2) die Ansprüche aus vollstreckbaren Vergleichen (CPO. § 794 Abs. 1 No. 1 und 2) und vollstreckbaren Urkunden (CPO. §§ 794 Abs. 1 No. 5, 799, 801, Schiedsmannsordnung vom 29. 3. 1879 § 32) sowie die Ansprüche, welche durch Feststellung im Konkurse vollstreckbar geworden sind (KO. §§ 164 Abs. 2, 194, 206 Abs. 2). Auch diese verjähren stets in 30 Jahren.[34])

c) Die Vorschrift des § 218 Abs. 1 erstreckt sich nicht auf regelmäßig wiederkehrende Leistungen, soweit sie erst nach der Feststellung fällig werden (vergl. CPO. § 258). Der Anspruch auf diese unterliegt trotz der Feststellung der kurzen Verjährung (§ 218 Abs. 2).[35])[36])

§ 224. 2. Die Verjährungsfrist für die von einem Hauptanspruch abhängenden, an sich einer besonderen Verjährung unterliegenden, Ansprüche auf Nebenleistungen ist insofern von der Verjährung des Hauptanspruchs abhängig, als der Anspruch auf die Nebenleistung spätestens mit dem Hauptanspruche verjährt (§ 224).[37])

3. Wenn die Parteien die bisherige, der kurzen Verjährung unterliegende, Verbindlichkeit durch Umschaffung[38]) aufheben, d. h. wenn sie an Stelle der

---

[31]) „Der Rechtsfriede ist gewahrt, die Verdunkelung des Sachstandes für lange Zeit ausgeschlossen." M. I S. 338.

[32]) M. I S. 338.

[33]) Planck Anm. 1 zu § 218.

[34]) Dies gilt auch für den Anspruch gegen diejenigen, welche im Zwangsvergleiche für dessen Erfüllung neben dem Gemeinschuldner ohne Vorbehalt der Einrede der Vorausklage Verpflichtungen übernommen haben (KO. § 194, Anspruch aus einem vollstreckbaren Vergleich in Verbindung mit Feststellung im Konkurse).

[35]) Ebenso schon Ob.-Trib. Bd. 43 S. 82.

[36]) Ueber Verjährung des Anspruchs auf Erstattung von Prozeßkosten (vergl. Gesetz vom 31. 3. 1838 § 2 No. 7) enthält das BGB. keine besondere Bestimmung. Er unterliegt derselben Verjährung wie der Hauptanspruch und, wenn er rechtskräftig festgestellt ist, der Vorschrift des § 218 Abs. 1.

[37]) Wenn z. B. der Anspruch eines Kaufmanns gemäß § 196 Abs. 1 No. 1 in 2 Jahren verjährt ist, so ist gleichzeitig sein Anspruch auf Verzugszinsen verjährt, obwohl dieser nach § 197 einer vierjährigen Verjährung unterliegt. — Das Gleiche gilt bei Verjährung eines Gesammtanspruchs in Ansehung des Anspruchs auf die verfallenen Einzelleistungen. Ist der Anspruch auf die Rente aus § 912 ff. verjährt und damit das Recht auf die Rente erloschen, so ist auch der Anspruch auf Rückstände einzelner Renten verjährt, wenn auch in Ansehung dieser die vierjährige Verjährungsfrist des § 197 noch nicht abgelaufen ist. — Ob bei wiederkehrenden Leistungen ein verjährbarer Gesammtanspruch besteht (vergl. E. I §§ 160, 184 Abs. 2), ist Frage des einzelnen Falles. Bei der Rente aus §§ 912 ff. wird dies nicht zweifelhaft sein können (siehe insbesondere § 914; vergl. Dernburg III S. 146 Anm. 11, Planck Anm. 2 zu § 224).

[38]) Das BGB. enthält zwar über die Novation keine Bestimmungen, doch ist die Zulässigkeit einer solchen nicht zweifelhaft (M. II S. 78—79).

bisherigen eine andere Verbindlichkeit desselben Schuldners begründen dergestalt, daß die erstere hierdurch erlischt, so ist die neue Verbindlichkeit nicht ohne weiteres der kurzen Verjährung unterworfen, sondern der für den neuen Anspruch bestimmten. Ob eine Umschaffung in dem angegebenen Sinne vorliegt, ist Frage der Auslegung (vergl. § 364 Abs. 2).[39])

V. Die kurze Verjährung ist an die objektive Natur des Anspruchs geknüpft; auf welchem Rechtsgrunde der Anspruch beruht, ist unerheblich.[40])

1. Wenn Gegenstand des Anspruchs z. B. die Gegenleistung für Lieferung von Waaren seitens eines Kaufmanns, die Zahlung von Fracht an einen Schiffer, von Pflegegeld an den Verpflegenden ist, so verjährt der Anspruch unter den übrigen Voraussetzungen des § 196 Abs. 1 in zwei Jahren, mag er im einzelnen Falle auf Kauf oder Tausch, auf Vertrag oder ungerechtfertigter Bereicherung oder Geschäftsführung ohne Auftrag beruhen.[41])

2. Von dem Falle, daß ein seiner objektiven Natur nach der kurzen Verjährung unterliegender Anspruch durch Bereicherung oder Geschäftsführung begründet wird, ist der Fall zu unterscheiden, daß durch Befriedigung eines solchen bereits bestehenden Anspruchs durch einen Geschäftsführer ohne Auftrag ein Ersatzanspruch gegen den Geschäftsherrn begründet wird (§ 683). Hier wird der ursprünglich der kurzen Verjährung unterliegende Anspruch getilgt (vergl. §§ 362 Abs. 1, 267), der neue auf Ersatz von Aufwendungen (§ 683) gerichtete unterliegt der regelmäßigen Verjährungsfrist[42]).

3. Wird durch die Leistung des Dritten der Anspruch nicht befriedigt, sondern geht er kraft Gesetzes auf den Leistenden über[43]), so bleibt er naturgemäß der für ihn bestimmten kurzen Verjährung unterworfen. Soweit

---

[39]) Der häufigste Fall ist der, daß über eine aus einem anderen Grunde, z. B. als Kaufpreis, als Zinsen geschuldete Summe ein Darlehnsschuldschein ausgestellt wird (vergl. § 607 Abs. 2) und Verzinsung und Kündigungsfrist verabredet werden. Auch hier ist es Frage der Auslegung, ob eine Umschaffung bewirkt werden sollte (vergl. §§ 452 ff. I, 16 ALR). Häufig wird dies anzunehmen und der Anspruch nunmehr der regelmäßigen Verjährungsfrist zu unterstellen sein (Rehbein Anm. V, 3 zu §§ 194 ff. S. 325—326, Dernburg PP. I § 170 Anm. 11, abweichend Ob.-Trib. Bd. 21 S. 36, Bd. 59 S. 1, siehe auch Josef a. a. O. S. 11 ff.). — Der Anspruch aus einem Schuldanerkenntniß im Sinne des § 781 unterliegt der 30jährigen Verjährung, mag ihm auch ein Schuldverhältniß zu Grunde liegen, nach dem die kurze Verjährung begründet wäre. Dies gilt aber nicht, wenn bei dem Schuldanerkenntnisse der ursprüngliche Verpflichtungsgrund angegeben ist. „Ich erkenne an, dem B. 100 M. Lehrgeld zu schulden", läßt den Anspruch im Sinne des § 196 Abs. 1 No. 10 als einen solchen wegen Lehrgeldes bestehen, der in 2 Jahren verjährt.

[40]) Ob.-Trib. Bd. 53 S. 64.

[41]) Liefert ein Kaufmann Waaren ohne Bestellung, so ist sein Anspruch aus der Bereicherung doch ein Anspruch für Lieferung von Waaren. — Nimmt Jemand ein Kind in Pflege in der Annahme, der zur Unterbringung Verpflichtete werde bezahlen, so ist der Anspruch aus der Geschäftsführung ohne Auftrag ein Anspruch auf Zahlung von Pflegegeld.

[42]) Vergl. M. I S. 306, II S. 864, IV S. 905. Josef a. a. O. S. 4 ff., Rehbein Anm. V, 3 zu §§ 194 ff. S. 326. — A. liefert B. Waaren ohne Bestellung: Anspruch für Lieferung von Waaren, zweijährige Verjährung. C. zahlt die Schuld des B. an A. als Geschäftsführer ohne Auftrag: Anspruch (des C. an B.) aus dem neu begründeten Schuldverhältniß auf Ersatz des gezahlten Betrags, 30jährige Verjährung. — D. nimmt den E. in Pflege, F. ist zur Unterbringung verpflichtet: Anspruch (des D. an F.) auf Pflegegeld, zweijährige Verjährung. G. zahlt das Pflegegeld an Stelle des F.: Anspruch (des G. an F.) auf Ersatz, 30jährige Verjährung. — H. ist mit Unterhaltsbeiträgen im Verzuge (§ 1613), J. zahlt die Beiträge: Anspruch auf Ersatz, 30jährige Verjährung.

[43]) Zu beachten ist, das das BGB. eine dem § 46 I, 16 ALR. entsprechende allgemeine Vorschrift nicht enthält. Josef a. a. O. S. 8.

z. B. die Mutter, die dem unehelichen Kinde Unterhalt gewährt hat, den auf sie übergegangenen Anspruch des Kindes gegen den Vater geltend macht (§ 1709 Abs. 2), unterliegt der Anspruch der vierjährigen Verjährung des § 197 [44]).

§ 62. Beginn der Verjährung.

§ 198 S. 1.

I. Die Verjährung beginnt mit der Entstehung des Anspruchs (§ 198 S. 1) [1]). Eine Rechtsverletzung oder die Befugniß zur Klagerhebung (actio nata) bilden kein Erforderniß für den Beginn der Verjährung [2]). Eine Ausnahme bestimmt allein § 198 S. 2 [3]).

II. Der dingliche Anspruch und der Anspruch aus anderen absoluten Rechten entsteht mit der Beeinträchtigung des Rechtes durch einen Anderen [4]). Wann der persönliche Anspruch entsteht, ist Frage des einzelnen Falles. In der Regel wird mit der Entstehung des Schuldverhältnisses auch der Anspruch entstehen, doch ist dies keineswegs immer [5]) der Fall.

Ist die Wirkung eines Anspruchs von einer aufschiebenden Bedingung oder von einem Anfangstermin abhängig gemacht, so entsteht der Anspruch und beginnt demgemäß die Verjährung erst mit dem Eintritte der Bedingung [6]) oder des Termins (§§ 158, 163). [7]) Anders wenn nicht die Wirkung des Anspruchs, sondern nur dessen Geltendmachung befristet ist. [8]) Dann entsteht der

---

[44]) Vergl. die zutreffenden Ausführungen von Mantey a. a. O. S. 545 ff. gegen Josef, a. a. O. S. 4 ff. — Für das preußische Recht vergl. über die unter V des Textes erörterten Fragen: Ob. Trib. Bd. 14 S. 227, Bd. 44 S. 65, Bd. 53 S. 64; Strieth. Arch. Bd. 47 S. 202, Bd. 65 S. 193; RG. Bd. 32 S. 184; Dernburg PP. I § 170 unter 2, Eccius I § 57 Anm. 41 b, Rehbein, Entscheidungen des Ob. Trib., 1. Auflage, S. 1012 ff. Anm.

[1]) Nicht mit der Fälligkeit, wie E. I § 158 Abs. 1 bestimmte (vergl. § 545 I, 9 ALR.) A. M. anscheinend Hölder Anm. 1 zu § 198. Der praktische Unterschied ist jedoch gering, da die Verjährung einer nicht fälligen Forderung nach § 202 Abs. 1 gehemmt ist. Vergl. auch Rehbein Anm. II, 2 zu §§ 194 ff. S. 303.

[2]) Wenn A. dem B. ein Darlehn verspricht, so beginnt die Verjährung des Anspruchs des B. auf Gewährung des Darlehns sofort mit dem Versprechen, obwohl A. erst mit der Mahnung des B. in Verzug kommt (§§ 271, 284).

[3]) Siehe unten S. 244 unter a.

[4]) Siehe oben S. 118 unter 4.

[5]) So Planck Anm. 1 zu § 198. — Mit dem Abschluß eines Kaufvertrags entsteht ein Schuldverhältniß; gleichzeitig entstehen die im § 433 bestimmten Ansprüche. Dagegen entsteht z. B. im Falle des § 440 Abs. 2 der Schadensersatzanspruch des Käufers einer beweglichen Sache nicht schon mit der Begründung des Schuldverhältnisses, sondern erst mit der Herausgabe der Sache an den Dritten, der Rückgewähr an den Verkäufer oder dem Untergange der Sache.

[6]) Aufschiebend bedingt sind in der Regel auch die Ansprüche aus Rechten, welche nur bei einer gewissen Gelegenheit ausgeübt werden können (§§ 543, 544 I, 9 ALR.), z. B. der Anspruch auf Leistung von Dammarbeiten bei Dammbruch, von Fuhren bei Bauten. Hier entsteht der Anspruch erst, wenn sich eine solche Gelegenheit bietet, wenn ein Dammbruch erfolgt, ein Bau vorgenommen wird. Geht der Anspruch auf ein Unterlassen — z. B. bei dem Rechte, zu Reparaturen und Bauten Lehm auf dem Grundstücke des Anderen zu graben, Holz für den reparaturbedürftigen Zaun aus dem Walde des Anderen zu holen — so findet § 198 S. 2 Anwendung. (Der Berechtigte kann hier von dem Eigenthümer des Grundstücks bezw. des Waldes verlangen, daß er die Ausübung der ihm nach § 903 zustehenden Rechte unterläßt.) Handelt es sich bei diesen Rechten um Grundgerechtigkeiten, so sind die Ansprüche in der Regel, als auf eingetragenen Rechten beruhend, der Verjährung entzogen.

[7]) Siehe oben S. 118 unter 4; vergl. E. I. § 158 Abs. 2.

[8]) Siehe oben S. 197 Anm. 2.

Anspruch sofort. Die Verjährung ist aber nach § 202 Abs. 1 bis zum Ablaufe der Frist gehemmt.[9])

III. Auch wenn die Entstehung des Anspruchs von dem bloßen Wollen des Berechtigten abhängig ist, beginnt die Verjährung mit der Entstehung des Anspruchs, also mit der Willenserklärung des Berechtigten.[10]) Ist z. B. bei einem Vertrage zu Gunsten eines Dritten der Erwerb eines unmittelbaren Rechtes seitens des Dritten von dessen Beitritt abhängig (§ 328 Abs. 2), so beginnt die Verjährung des Anspruchs mit dem Beitritte. Ebenso beginnt die Verjährung des Anspruchs aus einem Rücktritte vom Vertrage mit der Rücktrittserklärung (§ 349), aus einem Vorkauf oder Wiederkaufe mit der Erklärung des Berechtigten, daß er das Vorkaufs- oder Wiederkaufsrecht ausübe (§§ 497, 505).[11])

IV. Von der Regel, daß die Verjährung mit der Entstehung des Anspruchs beginnt, bestimmt das Gesetz Ausnahmen.

§ 200.

1. Wenn die Entstehung eines Anspruchs davon abhängt, daß der Berechtigte von einem ihm zustehenden Anfechtungsrechte Gebrauch macht, so würde nach der Regel des § 198 S. 1 die Verjährung erst mit der Anfechtung beginnen. § 200 S. 1 bestimmt jedoch, daß die Verjährung schon mit dem Zeitpunkte beginnt, von dem an die Anfechtung zulässig ist, also schon vor der Entstehung des Anspruchs.

a. Es kommt nicht darauf an, daß die Anfechtung möglich, sondern nur darauf, daß sie zulässig ist. Die Verjährung der durch die Anfechtung eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden entstehenden Ansprüche beginnt daher in der Regel mit der Vornahme des anfechtbaren Rechtsgeschäfts, — da von diesem Zeitpunkt an die Anfechtung zulässig ist, — ohne Rücksicht darauf, ob der Berechtigte von dem Anfechtungsgrunde Kenntniß hat (vergl. z. B. §§ 121 Abs. 1, 124 Abs. 2) oder ob die die Anfechtung begründende Lage aufgehört hat (vergl. z. B. § 124 Abs. 2).[12]) Die Verjährung der Ansprüche, welche durch die Anfechtung einer letztwilligen Verfügung (§§ 2078 ff.) entstehen, beginnt mit dem Erbfalle (§ 1922).[13])

---

[9]) A. kauft am 1. 7. 1900 von B. dessen Grundstück mit der Maßgabe, daß der Vertrag erst am 1. 10. in Wirkung treten und Uebergabe, Auflassung und Zahlung des Kaufpreises erst dann erfolgen sollen. Der Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises entsteht am 1. 10. und beginnt mit diesem Tage zu verjähren (§§ 163, 158, 198 S. 1). — Der Vertrag tritt sofort in Wirkung, Auflassung und Uebergabe erfolgen sogleich, der Kaufpreis ist aber bis 1. 10. gestundet. Dann entsteht der Anspruch auf Zahlung schon am 1. 7. Die Verjährung ist aber bis 1. 10. gehemmt (§ 202 Abs. 1).

[10]) Anders E. I § 158 Abs. 3.

[11]) Rücktritts-, Vorkaufs- und Wiederkaufsrecht selbst sind keine Ansprüche und unterliegen daher der Verjährung nicht (§ 317 I 11 ALR.; vergl. jedoch §§ 355, 503, 514).

[12]) Ebenso Planck Anm. 1 zu § 200, Fischer-Henle Anm. 3 zu § 200, Neumann Anm. 2 zu § 200, Cosack I § 74 VI β S. 259, Endemann I § 91 Anm. 3, Rehbein Anm. II, 3 zu §§ 194 ff. S. 305, Leonhard § 66 II, Crome § 115 Anm. 16. A. M. Kuhlenbeck Anm. 1 zu § 200, Gareis Anm. zu § 200, siehe dagegen Prot. VI S. 139 bis 140, S. 150. — A. wird durch arglistige Täuschung des B. bestimmt, dessen Grundstück am 1. 2. 1900 zu kaufen. Der Kaufvertrag unterliegt der Anfechtung (§ 123 Abs. 1). Die Ansprüche, welche für A. aus der Anfechtung entstehen (§§ 812 ff.), verjähren mit Ablauf des 1. 2. 1930, da die Anfechtung vom 1. 2. 1900 an zulässig war. Zu gleicher Zeit läuft die 30jährige Ausschlußfrist des § 124 Abs. 4 ab. Wenn A. am 1. 12. 1929 die Täuschung entdeckt, so kann die Anfechtung nur noch bis 1. 2. 1930 erfolgen; bis dahin muß auch die Verjährung der Ansprüche aus der Anfechtung unterbrochen sein.

[13]) Im Falle des § 1956 beginnt die Verjährung mit dem Ablaufe der Ausschlagungsfrist (§ 1944), im Falle des § 2340 Abs. 1 mit dem Anfalle der Erbschaft nach Maßgabe des § 2340 Abs. 2. — Die Verjährung der aus der Anfechtung im Konkurs entstehenden Ansprüche (KO. §§ 29 ff.) beginnt mit der Konkurseröffnung, im Falle des

b. Voraussetzung für die Anwendung des § 200 S. 1 ist, daß die Entstehung des Anspruchs ausschließlich von der Anfechtung abhängt. Ist dies nicht der Fall, fehlen vielmehr noch andere Voraussetzungen für die Entstehung des Anspruchs, so beginnt die Verjährung erst dann, wenn auch diese Voraussetzungen vorliegen, wenn also der Anspruch durch die bloße Anfechtung zur Entstehung gebracht werden kann.[14])

c. § 200 S. 1 kann dann nicht zur Anwendung gelangen, wenn durch die Anfechtung ein durch das anfechtbare Rechtsgeschäft getilgter Anspruch wiederauflebt. Dann bleibt es bei dem Beginne der Verjährung mit der ursprünglichen Entstehung des Anspruchs. Die Zeit, während der das anfechtbare Rechtsgeschäft bestand, wird in die Verjährungsfrist nicht eingerechnet.[15])

d. Die Vorschrift des § 200 S. 1 gilt nicht, wenn die Anfechtung sich auf ein familienrechtliches Verhältniß bezieht (§ 200 S. 2, vergl. z. B. §§ 1331 ff., 1350, 1394 ff., 1755). In diesem Falle bleibt es bei der Regel des § 198 S. 1; der Anspruch entsteht und die Verjährung beginnt erst mit der erfolgten Anfechtung.

2. In einigen Fällen beginnt die Verjährung erst nach der Entstehung des Anspruchs.

§ 198 S. 2. a. Die Verjährung eines persönlichen Anspruchs auf ein Unterlassen beginnt erst mit der Zuwiderhandlung, obwohl der Anspruch in der Regel mit der Begründung des Schuldverhältnisses entsteht (§ 198 S. 2).[16])

---

§ 40 Abs. 2 KO. mit dem Zeitpunkte des Erwerbes oder der unentgeltlichen Zuwendung, falls diese nach der Eröffnung des Verfahrens erfolgen. Die Verjährung der Ansprüche aus der Anfechtung nach dem Anfechtungsgesetze vom 21. 7. 1879 beginnt, sobald die Voraussetzungen der §§ 3 ff., 2 des Gesetzes vorliegen.

[14]) Ebenso Fischer-Henle Anm. 3 zu § 200; vergl. auch Planck Anm. 2 zu § 200. Strohal (das deutsche Erbrecht nach dem BGB., 1. Aufl., Berlin 1896, S. 162 Anm. 15) führt folgenden Fall an: A. ist der nächste gesetzliche Erbe, B. ist im Testamente des Erblassers als Alleinerbe eingesetzt. Er nimmt den Nachlaß erst in Besitz, nachdem ihn ein Testamentsvollstrecker 10 Jahre lang verwaltet hat. Einige Zeit später ficht A. das Testament mit Erfolg an. — Hier hängt die Entstehung des Erbschaftsanspruchs des A. gegen B. (§ 2018) nicht nur von der Anfechtung, sondern auch davon ab, daß B. den Besitz der Erbschaft erlangt. Die Verjährung beginnt deshalb nicht schon mit dem Erbfalle, von dem an die Anfechtung zulässig war, sondern mit dem Zeitpunkt, in dem B. den Erbschaftsbesitz vom Testamentsvollstrecker erlangt hat (so zutreffend Strohal, der Sachbesitz nach dem BGB., Jena 1897, S. 101 Anm. 98 und das deutsche Erbrecht, 2. Aufl., S. 568 ff.). Der mittelbare Besitz des B. durch den Testamentsvollstrecker nach §§ 857, 868 (Planck a. a. O.) kann nicht in Betracht kommen, denn er gilt nach der Anfechtung gemäß § 142 Abs. 1 als nicht vorhanden gewesen (Strohal, Sachbesitz a. a. O.).

[15]) Die §§ 202 Abs. 1, 205 sind hier analog anzuwenden. Näheres siehe S. 248 unter 2. — A. kauft vom Uhrenhändler B. am 15. 6. 1900 eine Uhr für 50 Mk. Der Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises würde nach §§ 196 Abs. 1 Nr. 1, 201 mit Ablauf des 31. 12. 1902 verjähren. Am 1. 12. 1902 bestimmt A. den B. widerrechtlich durch arglistige Täuschung, ihm die Schuld zu erlassen. Das Schuldverhältniß erlischt hierdurch (§ 397 Abs. 1). Nachdem B. am 15. 1. 1904 die Täuschung entdeckt hat, ficht er den Erlaß am selben Tage an (§§ 123 Abs. 1, 124 Abs. 1, 2). Dann bleibt es bei dem Beginne der Verjährung des Kaufpreisanspruchs mit dem Schlusse des Jahres 1900 (§ 201), doch wird die Zeit vom 1. 12. 1902 bis 15. 1. 1904 in die Verjährungsfrist nicht eingerechnet, sodaß die Verjährung mit dem 15. 2. 1904 vollendet wird.

[16]) A. verpflichtet sich dem B. gegenüber, sein Grundstück nicht zu bebauen. Der Anspruch des B., von A. die Unterlassung der Bebauung zu verlangen, entsteht mit dem Vertragschlusse. Die Verjährung des Anspruchs beginnt erst mit dem Zeitpunkt, in dem A. sein Grundstück zu bebauen anfängt. — Auf dingliche Ansprüche auf ein Unterlassen bezieht sich die Vorschrift des § 198 S. 2 nicht, da bei diesen Zuwiderhandlung und Entstehung des Anspruchs zusammenfallen (siehe oben S. 242 unter II). Vergl. hierzu Planck Anm. 2 zu § 198.

b. Wenn der Berechtigte die Leistung erst verlangen kann, nachdem er dem Verpflichteten gekündigt hat, so beginnt die Verjährung mit dem Zeitpunkte, von dem an die Kündigung zulässig ist (§ 199 S. 1). Hat der Verpflichtete erst nach Ablauf einer bestimmten Frist seit der Kündigung zu leisten, so wird der Beginn der Verjährung um die Dauer der Frist hinausgeschoben (§ 199 S. 2).[17] Der regelmäßige Fall des § 199 ist der, daß der Anspruch bereits entstanden und nur die Geltendmachung von der Kündigung abhängig gemacht ist.[18] Doch gilt die Vorschrift des § 199 auch dann, wenn die Kündigung ausnahmsweise die Bedeutung hat, den Anspruch erst zur Entstehung zu bringen.[19] [20] **§ 199.**

c. Die Verjährung der nach §§ 196, 197 der zwei- oder vierjährigen Verjährung unterworfenen Ansprüche[21] beginnt nicht mit ihrer Entstehung, sondern mit dem Schlusse des Jahres, in welches der nach § 198 bis 200 sonst für den Beginn der Verjährung maßgebende Zeitpunkt fällt[22] (vergl. auch § 801 Abs. 2 S. 2). Kann die Leistung erst nach dem Ablauf einer über diesen Zeitpunkt hinausreichenden Frist verlangt werden, so beginnt die Verjährung erst mit dem Schlusse des Jahres, in dem die Frist abläuft (§ 201).[23] [24] **§ 201.**

---

[17] Ebenso schon für das preußische Recht Ob.-Trib. Bd. 3 S. 165, Bd. 59 S. 1. Dernburg PP. I § 167 Anm. 9, Eccius I § 57 Anm. 25, a. M. Koch Anm. 67 zu § 545 I, 9 ALR. — A. leiht dem B. am 1. 7. 1900 100 M. Die Geltendmachung des Anspruchs des A. auf Rückzahlung hängt von einer Kündigung ab, die Kündigungsfrist beträgt einen Monat (§ 609). Da die Kündigung sofort bei Hingabe des Darlehns erfolgen kann, beginnt die Verjährung mit dem Ablaufe des 1. 8. 1900, sodaß sie nach §§ 187 Abs. 2, 188 Abs. 2 mit dem Ablaufe des 1. 8. 1930 vollendet wird.

[18] A. M. Cosack I § 74 unter VI a, *a*. Vergl. E. I § 158 Abs. 4: „Ist die Befriedigung eines Anspruchs von der Kündigung des Berechtigten abhängig . . .“

[19] Planck Anm. 1 zu § 199. — Bei der sofort zulässigen Kündigung ohne Frist beginnt die Verjährung mit der Entstehung des Anspruchs; beim Vorliegen einer Kündigungsfrist und beim Ausschlusse der Kündigung auf eine gewisse Zeit beginnt sie nach der Entstehung des Anspruchs; wenn der Anspruch erst mit der Kündigung entsteht, beginnt sie vor der Entstehung des Anspruchs. Vergl. hierzu Leonhard § 66 III.

[20] Sondervorschriften über den Beginn der Verjährung, welche den Beginn vielfach über die Entstehung des Anspruchs hinausschieben, enthalten die §§ 477 Abs. 1 S. 1, 480 Abs. 1 S. 2, 490 Abs. 1 S. 1, 558 Abs. 2, 606 S. 2, 638 Abs. 1 S. 2, 639, 801 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 2, 852 Abs. 1, 1057 S. 2, 1226 S. 2, 1302, 1623 S. 2, 1715 Abs. 3 S. 2, 2287 Abs. 2, 2332. Im Falle des § 852 Abs. 1 kann unter Umständen die dreijährige Verjährung nach, die dreißigjährige vor Entstehung des Anspruchs beginnen. — Vergl. ferner HGB. §§ 26 Abs. 2, 61 Abs. 2, 159 Abs. 2 und 3, 206, 326 Abs. 3, 414 Abs. 2, 423, 439, 470 Abs. 1 S. 2, 903, 904 Abs. 2, 905 Abs. 2, WO. Artt. 78 Abs. 2, 79 Abs. 2.

[21] Vergl. auch Preuß. AG. Art. 8 § 2 No. 1, Preuß. Gerichtskostengesetz vom 6. 10. 1899 § 13 Abs. 3.

[22] A. kauft am 1. 4. 1900 vom Bauer B. Erbsen für seinen Haushalt. Der Anspruch des B. auf Zahlung verjährt mit dem Ablaufe des 31. 12. 1902 (§§ 196 Abs. 1 Nr. 2, 198, 271 Abs. 1, 201 S. 1). — C. gewährt seinem Handlungsgehülfen und Prokuristen D. auf seine Dienstbezüge 10000 M. Vorschuß mit der Vereinbarung, der bei Auflösung des Dienstverhältnisses etwa nicht verdiente Betrag solle drei Monate nach Kündigung zurückgezahlt werden. Das Dienstverhältniß endigt am 1. 11. 1900. D. schuldet noch 1000 M. Der Anspruch des C. auf Rückzahlung dieses Betrags verjährt mit Ablauf des 31. 12. 1903 (§§ 196 Abs. 1 Nr. 8, 199, 201 S. 1).

[23] A. läßt sich in der Klinik des Dr. B. vom 1. 11. bis 15. 12. 1900 behandeln. Er vereinbart, daß er die Kosten am 1. 4. 1901 bezahlen soll. Der Anspruch des Dr. B. auf Zahlung verjährt mit dem Ablaufe des 31. 12. 1903 (§§ 196 Abs. 1 Nr. 11, 201 S. 2). — § 201 S. 2 hat nicht nur Bedeutung für den Fall der rechtsgeschäftlichen Stundung (Planck Anm. 1 zu § 201); vergl. z. B. auch Gebührenordnung für Rechtsanwälte vom 7. 7. 1879 § 85. Er findet auch Anwendung, wenn die Stundung nach Entstehung des Anspruchs, aber vor dem 1. Januar des nächsten Jahres erfolgt (Planck a. a. O.).

§ 63. Hemmung der Verjährung.[1]) Einreden.

Gründe, welche speziell den Beginn der Verjährung hindern, kennt das BGB. nicht[2]). Es hat einerseits die Zahl der Gründe, welche den Lauf der Verjährung hindern, eingeschränkt (§§ 202—204), andererseits läßt es beim Vorliegen dieser Hinderungsgründe eine Hemmung eintreten ohne Rücksicht darauf, ob sie beim Beginne der Verjährung vorliegen oder erst nach dem Beginn eintreten (§ 205).[3])

I. Rechtliche Hindernisse.

§ 202. Die Verjährung ist gehemmt, solange der Verpflichtete vorübergehend zur Verweigerung der Leistung berechtigt ist. (§ 202 Abs. 1)[4]). Hierzu ist zu bemerken:

1. Der Verpflichtete ist vorübergehend zur Verweigerung der Leistung stets dann berechtigt, wenn dem Anspruch eine aufschiebende Einrede entgegensteht[5]). Das Gesetz (§ 202 Abs. 1) hebt als wichtigstes Beispiel die Einrede der Stundung hervor[6]).

---

[24]) Durch die Fortdauer des Verhältnisses, aus dem der Anspruch entstanden ist, wird der Beginn der Verjährung nicht aufgehoben (vergl. § 6 des Gesetzes vom 31. 3. 1838). Ein Anspruch aus einem Dienstverhältnisse (§ 196 Abs. 1 Nr. 8) beginnt nach Maßgabe des § 201 zu verjähren, auch wenn das Dienstverhältniß fortdauert. Vergl. M. I S. 310, Prot. I S. 211 unter IV.

[1]) Es ist zu beachten, daß Hemmung und Unterbrechung nach dem BGB. technische Ausdrücke für zwei verschiedene Begriffe sind (§§ 205, 217). Im Sprachgebrauche des ALR. wurde zwischen „hemmen" und „unterbrechen" nicht scharf unterschieden (vergl. z. B. §§ 529, 530 I., 9, § 392 I, 14).

[2]) Nach ALR. (§§ 512 ff., 535 ff. I 9) war in zahlreichen Fällen der thatsächlichen und rechtlichen Behinderung in der Geltendmachung des Anspruchs der Beginn der Verjährung ausgeschlossen (agere non valenti non currit praescriptio, § 516 I, 9). Dagegen wurde, wenn diese Hindernisse nach Beginn der Verjährung eintraten, deren Fortlauf nicht gehemmt (§ 530 I, 9, Ausnahme § 529 I, 9), sie begründeten vielmehr nur einen Anspruch auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§§ 531—534 I, 9).

[3]) Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Eintritts von Hemmungsgründen kennt das BGB. nicht.

[4]) Mit Unrecht leugnet Hachenburg S. 297, daß hier eine echte Hemmung vorliege, weil die Rechtsverfolgung nicht gestattet, die Klage unzulässig sei, und deshalb die Verjährung nicht beginnen könne. Dies ist, abgesehen davon, daß es sich nicht nur um den Beginn, sondern auch um die Fortsetzung der Verjährung handelt, für das BGB. deshalb unrichtig, weil die Verjährung sich gegen den Anspruch, nicht gegen die Klage richtet (siehe oben S. 231 unter II). Gerade dann liegt nach dem BGB. der Fall der Hemmung vor, wenn der Anspruch entstanden ist und die Verjährung an sich beginnen kann, die Rechtsverfolgung aber zur Zeit unzulässig (§ 202), unmöglich (§ 203) oder unerwünscht (§ 204) ist.

[5]) Irrig ist die Ansicht von Cosack I § 74 unter VII c, daß die Hemmung schon dann eintritt, wenn sich der Verpflichtete dem Berechtigten gegenüber auf die Einrede beruft. Nur eine begründete Einrede hemmt die Verjährung (vergl. auch Fischer-Henle Anm. 6 zu § 202).

[6]) Unzutreffend erscheint die Ansicht von Rehbein (Anm. III, 2 a zu § 194 ff. S. 307), daß die Stundung im § 202 nur Stundung durch den Begründungsakt sei; eine einseitige Stundungserklärung des Gläubigers nach dem Beginne der Verjährung könne diese weder hemmen noch unterbrechen. Sei die Stundung vom Verpflichteten nachgesucht, so liege darin ein Anerkenntniß, das eine Unterbrechung der Verjährung bewirke (§ 208). Daß die einseitige Stundungserklärung des Gläubigers die Verjährung nicht unterbricht, ist zweifellos (§ 209). Sie kann auch an sich eine Hemmung nicht bewirken, da zur Wirksamkeit der Stundung ein Vertrag, also auch die Annahme der Stundung durch den Verpflichteten, erforderlich ist (§ 305). Diese Annahme wird aber regelmäßig schon in dem Schweigen des Verpflichteten auf die Stundungserklärung des Gläubigers zu finden sein. Dann ist die Leistung gestundet und die Verjährung gehemmt. Ein Anerkenntniß des Verpflichteten und eine Unterbrechung der Verjährung liegen nicht vor. — Weitere Bei-

Einreden im Sinne des BGB. sind ausschließlich die materiellrechtlichen Einreden, d. h. Thatsachen, welche die Geltendmachung des an sich begründeten Anspruchs ausschließen (z. B. Stundung, Verjährung), im Gegensatze zu den prozessualischen, d. h., abgesehen von dem bloßen Bestreiten der Klagethatsachen, allen Anführungen, welche dem Klagantrag auf Grund anderer Thatsachen entgegentreten [7]. Die prozessualischen Einreden umfassen die materiellrechtlichen Einreden, die rechtshindernden und rechtsvernichtenden Thatsachen (z. B. Mangel der gesetzlich vorgeschriebenen Form, Zahlung) und die rein prozeßrechtlichen Einreden (z. B. CPO. § 274). Wo das BGB. von Einreden spricht [8], sind ausschließlich materiellrechtliche Einreden gemeint. Sollen auch die rechtshindernden und rechtsvernichtenden Thatsachen mit inbegriffen werden [9], so bedient sich das Gesetz des Ausdrucks „Einwendungen" [10].

Das BGB. kennt dilatorische und peremtorische Einreden.

a) Wenn das Gesetz jede dieser beiden Kategorien als solche bezeichnen will, nennt es die ersteren „aufschiebende Einreden" (Ueberschrift zu den §§ 2014 ff.), die letzteren Einreden, durch welche die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausgeschlossen wird (§§ 813, 886, 1169, 1254). Wo von Einreden schlechthin die Rede ist (§§ 390, 768, 1137, 1157, 1211), sind beide Arten gemeint. — Die einzelne Einrede bezeichnet das Gesetz als das Recht, die Leistung zu verweigern, und wo es eine Einrede gewähren will, bestimmt es, daß der Verpflichtete berechtigt ist, die Leistung zu verweigern, oder daß er die Leistung verweigern kann (z. B. §§ 222 Abs. 1, 258 a. E., 273, 480, 2014 u. a. m.). Die Einrede aus § 273 ist als die des Zurückbehaltungsrechts, die des § 771 als Einrede der Vorausklage bezeichnet. Im § 202 Abs. 2 wird die Einrede aus §§ 320 ff. „Einrede des nicht erfüllten Vertrags", das Recht, eine Leistung bis zur Sicherheitsleistung seitens eines Anderen zu verweigern (§§ 258 S. 2, 811 Abs. 2 S. 2, 867 S. 3, 1005, 1218), „Einrede der mangelnden Sicherheitsleistung" genannt.

b) Ob eine Einrede aufschiebende oder zerstörende Wirkung hat, ist der einzelnen Vorschrift zu entnehmen. [11]

c) Daß das BGB. den Unterschied zwischen erloschenen Ansprüchen und Ansprüchen, denen eine zerstörende Einrede entgegensteht, aufrecht erhalten wollte, kann nicht zweifelhaft sein. [12] Allerdings sind diese Ansprüche in wichtigen Fällen einander gleichgestellt. [13] Doch zeigt sich der Unterschied praktisch namentlich darin, daß die zerstörende Einrede nur dann wirkt,

---

spiele ergeben sich unter Anderem aus § 986. Die Verjährung des dinglichen Anspruchs des Eigenthümers auf Herausgabe der Sache (§ 985) ist z. B. gehemmt, so lange der Besitzer auf Grund eines Miethvertrags die Herausgabe der Sache verweigern kann (§ 535, 536).

[7] M. I S. 359.

[8] Vergl. §§ 202 Abs. 2, 390, 768, 771, 813, 886, 1137, 1157, 1169, 1211, 1251, 1254, Ueberschrift zu §§ 2014 ff.

[9] Die rein prozeßrechtlichen Einreden kommen für das BGB. nicht in Betracht.

[10] Vergl. § 334, 404, 417, 774, 784, 792, 796, 1148, 1158, 1344, 1435.

[11] Aufschiebende Einreden finden sich z. B. in §§ 202 Abs. 2, 2014, 2015, 2059, zerstörende in §§ 222, 478, 490, 821, 853, 1166, 1973, 1989, 1990, 1992, 2083, 2145, 2187, 2318, 2319, 2322, 2328. Die Einrede aus § 986 kann sowohl eine aufschiebende, z. B. die des Miethers, wie eine zerstörende sein, z. B. die des Käufers, dem das gekaufte Grundstück übergeben ist (exceptio rei venditae et traditae.) Hiernach ist es nicht richtig, daß, wie Rehbein (Anm. III, 2a S. 307) annimmt, das BGB. von aufschiebenden Einreden nur die im § 202 Abs. 2 genannten kennt.

[12] Vergl. M. I S. 359—360.

[13] Vergl. §§ 813, 886, 1169, 1254.

wenn sich der Verpflichtete auf sie beruft, während Thatsachen, die ein Erlöschen des Anspruchs bewirken, vom Richter auch dann berücksichtigt werden müssen, wenn sie nur vom Kläger vorgetragen sind.[14]) Außerdem wird durch einen Verzicht auf die Einrede der Anspruch ohne weiteres wieder voll wirksam, während der aufgehobene Anspruch zu seiner Wiederherstellung einer neuen Begründung bedarf.[15])

2. Die Vorschrift des § 202 Abs. 1 muß auch in allen anderen Fällen Anwendung finden, in denen vorübergehend eine Berechtigung zur Verweigerung der Leistung vorliegt,[16]) insbesondere, wenn dem Anspruch auf Grund eines anfechtbaren Rechtsgeschäfts eine zerstörende Einrede entgegensteht und die Anfechtung demnächst erfolgt[17]) und wenn der Anspruch auf

---

[14]) A. klagt im Jahre 1905 gegen B. mit der Behauptung, B. habe von ihm im Jahre 1902 Waaren für 100 M. gekauft. Der Anspruch auf Zahlung der 100 M. sei zwar verjährt, es solle aber abgewartet werden, ob B. die Verjährung geltend machen werde. Dann ist B. im Versäumnißverfahren zu verurtheilen. — A. klagt bereits im Jahre 1904. Er führt an, B. wolle nicht zahlen, weil er, A., ihm die Schuld erlassen habe. Dies sei richtig, aber der Erlaß sei nichtig, weil er der Schriftform entbehre. Dann muß A. im Versäumnißverfahren abgewiesen werden.

[15]) Dies kann namentlich von Wichtigkeit sein bei Rechtsgeschäften, für die eine Form vorgeschrieben ist. A. verspricht in einer notariellen Urkunde, dem B. 1000 M. zu schenken (§ 518) und sie einen Monat später zu zahlen. Bei Fälligkeit erklärt er dem B., daß er mit der ihm aus einem Kaufvertrage gegen B. zustehenden Forderung aufrechne (§ 389). Demnächst bittet B., der Geld braucht, A. möge doch auf die Rechte aus der Aufrechnung verzichten, ihm die geschenkten 1000 M. in einer Woche zahlen und ihm das rückständige Kaufgeld noch 3 Monate stunden. Dann genügt nicht ein mündlicher oder schriftlicher Verzicht des A. auf die Rechte aus der Aufrechnung, vielmehr bedarf es einer erneuten gerichtlichen oder notariellen Beurkundung des Schenkungsversprechens, um die Verpflichtung zur Zahlung der 1000 M. von Neuem zu begründen. — A. zahlt die geschenkten 1000 M. nicht. Nach dem Tode des B. finden dessen Erben die vor mehr als 30 Jahren aufgenommene Schenkungsurkunde vor. Ihr Anspruch aus der Schenkung ist verjährt, A. erklärt jedoch mündlich, er verzichte auf die Einrede der Verjährung. Dann ist der Anspruch wieder voll wirksam. — Vergl. Windscheid, Pand. I § 47 Anm. 1, Dernburg Pand I § 137, Fischer-Henle (erste und zweite Aufl.) Anm. 6 zu § 202, Küntzel bei Gruchot Bd. 41 S. 434 ff., M. I S. 359—360.

[16]) Die zweite Kommission hat die Bestimmung absichtlich so gefaßt, daß der Rechtsgrund der hemmenden Wirkung hervorgehoben und nicht nur von aufschiebenden Einreden gesprochen wird (Prot. I S. 216). Wo dieser Rechtsgrund vorhanden ist, muß die Vorschrift Anwendung finden.

[17]) A. kauft und erhält für seinen Haushalt vom Landwirth B. im Laufe des Mai 1900 50 Pfund Eßbutter zum Preise von zusammen 50 M. Der Anspruch des B. auf Zahlung würde mit Ablauf des 31. 12. 1902 verjähren (§§ 196 Abs. 1 Nr. 2, 201). Als B. den A. am 1. 11. 1902 wegen restlicher 20 M. mahnt, erklärt dieser unter Vorzeigung der Kopie eines Briefes vom 4. 6. 1900, er habe ihm schon Anfang Juni 1900 angezeigt, die Butter sei keine Eß-, sondern Kochbutter und höchstens 30 M. werth gewesen. Er sei deshalb berechtigt, die Zahlung der 20 M. zu verweigern (§ 478) und verlange, daß B. dies anerkenne. Auf die Versicherung des A., daß er den Brief am 4. 6. 1900 an ihn abgesandt habe, erkennt B. das Recht des A., die Zahlung der 20 M. zu verweigern, an. Nachdem B. am 15. 6. 1903 erfahren hat, daß A. einen Brief mit einer Mängelanzeige an ihn niemals abgesandt hat, theilt er dem A. am 15. 7. mit, daß er sein Anerkenntniß anfechte (§ 123) und Zahlung der 20 M. verlange. Dann war die Verjährung bis zum 15. 6. 1903 gehemmt, sie wird mit Ablauf des 15. 8. 1903 vollendet. Zwar stand, solange das Anerkenntniß nicht angefochten war, dem Anspruch eine zerstörende (nicht aufschiebende) Einrede entgegen. Nach erfolgter Anfechtung steht aber fest, daß A. nur vorübergehend zur Verweigerung der Leistung berechtigt war. Die singuläre Vorschrift des § 200 kann hier nicht in der Weise analoge Anwendung finden, daß die durch das anfechtbare Rechtsgeschäft bewirkte Hemmung mit dem Zeitpunkte der Zulässigkeit der Anfechtung aufhört (siehe oben S. 243). Da diese Zulässigkeit bereits mit der Vornahme des

Grund eines anfechtbaren und angefochtenen Rechtsgeschäfts vorübergehend erloschen war [18]).

3. Abgesehen von dem unter 2 erwähnten Falle wird durch die Berechtigung des Verpflichteten, die Leistung dauernd zu verweigern (zerstörende Einrede), die Verjährung nicht gehemmt [19]).

4. Das Gesetz bestimmt einige Ausnahmen von der Vorschrift des § 202 Abs. 1.

a) Aufschiebende Einreden, zu deren Beseitigung der Berechtigte im Stande ist, hemmen die Verjährung nicht. Das Gesetz schreibt dies ausdrücklich nur für die Einreden des Zurückbehaltungsrechts, des nicht erfüllten Vertrags, der mangelnden Sicherheitsleistung, der Vorausklage (§ 202 Abs. 2) sowie für die dem Pflichttheilsanspruche nach §§ 2306, 2307 entgegenstehende Einrede vor (§ 2332 Abs. 3) [20]). Die Vorschrift muß aber auch für andere gleichliegende Fälle gelten [21]).

b) Die dem Bürgen nach § 770 Abs. 1 und dem Erben nach §§ 2014, 2015 zustehenden Einreden bewirken gleichfalls eine Hemmung der Verjährung nicht, obwohl ihre Beseitigung nicht in der Macht des Berechtigten liegt [22]). Das Gleiche gilt von der Einrede des Bürgen im Falle des § 770 Abs. 2, in dem der Gläubiger im Stande ist, sich durch Aufrechnung gegen eine Forderung des Hauptschuldners zu befriedigen.

5) Dadurch, daß ein Anspruch der Anfechtung unterliegt oder daß ihm eine zur Aufrechnung geeignete Forderung gegenübersteht, wird die Ver-

---

Rechtsgeschäfts vorhanden ist, so würde eine Hemmung überhaupt nicht eintreten. Dagegen muß § 202 Abs. 2 zur Anwendung kommen, d. h. die Hemmung hört auf, sobald der Berechtigte zur Beseitigung der Einrede im Stande ist (siehe im Texte unter 4 a).

[18]) Vgl. das Beispiel S. 244 Anm. 15. — Zwar kann man nach dem Sprachgebrauche des Gesetzes in diesem Falle nicht davon reden, daß der Verpflichtete vorübergehend „zur Verweigerung der Leistung" berechtigt war (siehe S. 247 unter a), vielmehr bestand vorübergehend eine Verpflichtung zur Leistung überhaupt nicht, aber die ratio legis trifft auch hier zu und § 202 soll „alle Fälle decken, in denen die Hemmung der Verjährung ihren Grund in einem der Geltendmachung der Verjährung entgegenstehenden rechtlichen Hinderniß hat." (Prot. I S. 217.) — Aehnlich liegt der Fall des § 802, in welchem dem bisherigen Inhaber der Schuldverschreibung das Gläubigerrecht vorübergehend verloren gegangen ist. (M. II S. 708.) Auch hier tritt, entsprechend der Vorschrift des § 202 Abs. 1, eine Hemmung der Verjährung ein.

[19]) Vgl. Prot. I S. 216. Anders E. I § 162 Abs. 1, M. I S. 313—314. Die Frage ist von geringer praktischer Bedeutung. Planck Anm. 2 zu § 202.

[20]) Eine gleichzeitige Verpflichtung des Berechtigten dem Anderen gegenüber, die Einrede zu beseitigen, braucht nicht vorzuliegen. Eine solche Verpflichtung besteht allerdings in den Fällen des Zurückbehaltungsrechts und des nicht erfüllten Vertrags, nicht aber in denen der mangelnden Sicherheitsleistung, der Vorausklage und des § 2332 Abs. 3.

[21]) Vgl. hierzu M. I S. 314, Prot. I S. 217, M. V S. 427, Planck Anm. 3 zu § 202. — Der gleiche Gedanke wie im § 202 kommt im § 199 zum Ausdrucke, nach dem (entsprechend § 202 Abs. 1) durch die in dem Erfordernisse der Kündigung liegende Stundung der Beginn der Verjährung gehindert wird, die Verjährung aber beginnt, sobald die Kündigung zulässig, der Berechtigte also (entsprechend § 202 Abs. 2) zur Beseitigung der Stundung im Stande ist.

[22]) Da die Einrede aus § 770 Abs. 1 die Verjährung des Anspruchs gegen den Bürgen nicht hemmt, so wird der Gläubiger in der Regel noch vor Ablauf der Verjährungsfrist eine Entscheidung darüber herbeiführen müssen, ob der Hauptschuldner von seinem Anfechtungsrechte Gebrauch machen will, z. B. indem er gegen ihn auf Leistung klagt. Schlimmsten Falles kann er die Verjährung des Anspruchs gegen den Bürgen durch Erhebung einer Feststellungsklage unterbrechen (§ 209 Abs. 1). — Die Einreden aus den §§ 2014, 2015 schließen die Klage gegen den Erben und dessen Verurtheilung nicht aus. (CPO. § 305, vergl. auch § 207).

jährung nicht gehemmt. Das Anfechtungs- und Aufrechnungsrecht gewähren keine Einrede (vergl. §§ 143 Abs. 1, 388). Solange sie nicht ausgeübt sind, stehen sie der Geltendmachung des Anspruchs nicht entgegen. Werden sie ausgeübt, so besteht der Anspruch nicht mehr (§§ 142, 389)[23].

II. Thatsächliche Behinderung.

Eine thatsächliche Behinderung des Berechtigten an der Geltendmachung des Anspruchs ist grundsätzlich ohne Einfluß auf den Lauf der Verjährung[24]. Daher werden nach dem BGB. durch die, auch entschuldbare, Nichtkenntniß des Anspruchs, der Person oder des Aufenthalts des Verpflichteten Beginn und Lauf der Verjährung nicht berührt[25] (vergl. aber §§ 852 Abs. 1, 2332 Abs. 1).

§ 203. Ausnahmsweise tritt eine Hemmung der Verjährung ein, wenn der Berechtigte durch Stillstand der Rechtspflege oder in anderer Weise durch höhere Gewalt an der Rechtsverfolgung verhindert wird (§§ 203, vergl. § 245 CPO.)[26]. Hierzu ist zu bemerken:

1) Die Hemmung tritt nur ein, wenn und solange das Hinderniß innerhalb der letzten sechs Monate der Verjährungsfrist besteht. Die Vorschrift ist entsprechend anzuwenden, wenn die Verjährungsfrist nur sechs Monate oder weniger beträgt[27]. Dann wird die Verjährung gehemmt, solange das Hinderniß während der Verjährungsfrist besteht.

2) Eine Verhinderung durch höhere Gewalt liegt dann vor, wenn der Berechtigte an der Rechtsverfolgung gehindert ist, obwohl er alles gethan hat, was er bei Anwendung der größten Aufmerksamkeit und Vorsicht zur Verfolgung seines Rechtes thun konnte[28].

---

[23]) Vergl. E. I § 162 Abs. 3 — Einen besonderen Fall der Hemmung enthält § 639 Abs. 2. Vergl. auch HGB. § 470 Abs. 2.

[24]) M. I S. 315 ff.

[25]) Dies gilt auch für die besonderen Fälle der §§ 518—521 I, 9 ALR., Abwesenheit in Staatsgeschäften, Verpachtung eines Gutes; vergl. hierzu Dernburg PP. I § 166 unter 1a. — In Ansehung der Abwesenheit im Kriegsdienste (§ 522 I, 9 ALR.) ist besondere gesetzliche Regelung eintretenden Falles in Aussicht genommen (M. I S. 318). Siehe auch CPO. § 247.

[26]) Die Ansicht von Cosack (I § 74 unter VII Nr. 5), die Verjährung sei auch nach § 193 am letzten Tage der Frist gehemmt, wenn dieser ein Sonntag oder allgemeiner Feiertag sei, erscheint nicht zutreffend. Die Vorschrift des § 193 gilt nur, wenn es sich um Abgabe einer Willenserklärung oder Bewirkung einer Leistung an einem bestimmten Tage oder innerhalb einer Frist handelt. Die Verjährungsfrist läuft daher auch an einem Sonntag oder allgemeinen Feiertag ab. Uebrigens ist der Berechtigte an der Geltendmachung seines Anspruchs an diesen Tagen nicht unbedingt gehindert (vergl. z. B. CPO. §§ 188, 761). Siehe auch oben S. 235 Anm. 6.

[27]) E. I § 165, Prot. I S. 219.

[28]) Hierher gehört z. B. der Fall des § 528 I, 9 ALR., die Versagung des rechtlichen Gehörs in Folge von Uebergriffen höherer Behörden (vergl. Koch Anm. 44 zu § 529 I, 9., Dernburg PP. I § 166 Nr. 2). — Ueber den Begriff der höheren Gewalt (§§ 701 Abs. 1 S. 1, 1996 Abs. 1 S. 1, HGB. § 456) vergl. Dernburg PP. II § 69, Eccius II § 140 a. E., Dernburg Pand. II § 39, Windscheid Pand. II § 384 Anm. 6, Planck Anm. 1 zu § 203, Rehbein Anm. III, 2b zu §§ 194 ff. S. 309, Hölder Anm. 2 zu § 203, Crome § 112a E., Leonhard § 65 V, Dernburg II § 69, Gareis Anm. 3 zu § 203, Oertmann Anm. 5c zu § 701, Staub Anm. 7 ff. zu § 456 HGB., S. Goldmann Anm. 2 zu § 26 HGB. I S. 119, ROHG. Bd. 2 S. 248 ff., 259, Bd. 8 S. 160, RG. Bd. 1 S. 278, Bd. 14 S. 83, Bd. 19 S. 37 ff., Bd. 21 S. 13 ff., Bd. 44 S. 27 ff., 31, M. I S. 317—318, Prot. I S. 117—118, S. 219. — Die Unterscheidung, welche Endemann (I § 115 unter III) zwischen höherer Gewalt im Sinne der §§ 701, 1996 einerseits (Fehlen eines jeden Verschuldens) und § 203 Abs. 2 andererseits (äußeres unabwendbares Hinderniß) macht, ist willkürlich. Es erscheint nicht angängig, einen solchen vom Gesetz-

III. Pietätsverhältnisse.

§ 204.

Die Verjährung von Ansprüchen zwischen Ehegatten, Eltern und Kindern, Vormund und Mündel ist nach Maßgabe des § 204 gehemmt. „Die Rücksicht auf das der Schonung dringend bedürftige Pietätsverhältniß, welches zwischen diesen Personen besteht, gebietet, jede Störung fernzuhalten und zu einer solchen auch dadurch keinen Anlaß zu geben, daß bei zweifelhaften Ansprüchen der eine oder andere Theil genöthigt wird, zur Verhinderung des Ablaufs der Verjährung den Klageweg zu betreten“ [29]).

1. Die Verjährung von Ansprüchen zwischen Ehegatten ist gehemmt, so lange die Ehe besteht (§ 204 S. 1), also vom Tage der Eheschließung (§ 1317) bis zum Tage der Auflösung der Ehe (vergl. § 1564 S. 3). Auf die Hemmung kann sich der Gläubiger auch bei nichtigen und anfechtbaren Ehen berufen, so lange sie nicht für nichtig erklärt sind (§§ 1329, 1343 Abs. 2, 1341).[30]) Dagegen gilt nach geschehener Nichtigkeitserklärung[31]) die vorher eingetretene Hemmung als nicht erfolgt (vergl. § 1343 Abs. 1 S. 1).[32]) Nur wenn ein Ehegatte nach Maßgabe der §§ 1345—1347 verlangt, daß das Verhältniß zwischen ihm und dem anderen Ehegatten in vermögensrechtlicher Beziehung so behandelt werde, wie wenn die Ehe zur Zeit der Nichtigkeitserklärung oder der Auflösung geschieden und der andere Ehegatte für allein schuldig erklärt wäre, verliert die Hemmung ihre Wirkung nicht.

2. Die Verjährung von Ansprüchen zwischen Eltern und Kindern ist gehemmt, solange die Kinder minderjährig sind (§ 204 S. 2). Die Hemmung tritt nicht nur bei Ansprüchen zwischen dem Vater, sondern auch zwischen der Mutter und den Kindern ein und ohne Rücksicht auf das Bestehen oder Ruhen der elterlichen Gewalt,[33]) da nur das Pietätsverhältniß bestimmend ist. Ebenso

---

geber nicht gewollten Unterschied (vergl. M. I S. 317—318, II S. 585, V S. 612) in das Gesetz hineinzutragen und diesem dann den Vorwurf einer mangelnden einheitlichen Auffassung zu machen (Endemann a. a. O. Anm. 13, 17.). Vielmehr dürfte davon auszugehen sein, daß das Gesetz mit demselben Ausdruck überall den gleichen Begriff verbinden wollte. Es liegt auch keine Veranlassung vor, für den Fall des § 203 Abs. 2 eine Ausnahme zu machen. Man gelangt auch bei der hier vertretenen Auffassung zu befriedigenden, im Ganzen mit den von Endemann gewünschten übereinstimmenden Resultaten, wenn man nicht übersieht, daß nach der Vorschrift des § 203 Abs. 2 die höhere Gewalt sich auf die Möglichkeit der Rechtsverfolgung (vergl. z. B. CPO. §§ 91, 114) beziehen muß, d. h. auf diejenigen Maßnahmen, welche das Gesetz für die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs vorschreibt (vergl. § 209). Ob der Berechtigte die Person des Verpflichteten kennt (Endemann a. a. O. Anm. 17), ob er selbst durch höhere Gewalt an der Nachforschung nach der Person verhindert ist, kommt nicht in Betracht, sondern nur, ob er durch höhere Gewalt verhindert ist, eine Klage zur Terminsbestimmung einzureichen oder zustellen zu lassen, seinen Anspruch im Konkurs anzumelden u. s. w. Bei Beantwortung der Frage, ob dies der Fall war, ist das subjektive Verhalten des Berechtigten von Erheblichkeit. Wenn Jemand plötzlich unschuldig in Untersuchungshaft genommen und durch die Bestimmungen der Gefängnißordnung an der rechtzeitigen Klagerhebung verhindert wird, so liegt höhere Gewalt vor, da Niemand, auch nicht der Sorgsamste und Vorsichtigste, Vorsorge für einen derartigen Fall zu treffen braucht. Hatte sich Jemand eines Meineids schuldig gemacht und wird er in Untersuchungshaft genommen, so liegt höhere Gewalt nicht vor, da er die Verhaftung selbst verschuldet hat und auch bei Anwendung der nöthigen Sorgfalt rechtzeitig die erforderlichen Maßregeln zur Verfolgung seines Rechtes treffen mußte.

[29]) M. I S. 324.

[30]) Nur eine unter Verletzung des § 1317 geschlossene, nicht in das Heirathsregister eingetragene nichtige Ehe bewirkt eine Hemmung der Verjährung nicht (vergl. 1329 S. 2).

[31]) Ist die Ehe aufgelöst, so kann die Nichtigkeit auch ohne Nichtigkeitsklage und Nichtigkeitserklärung (§§ 1329, 1343 Abs. 2) geltend gemacht und dadurch die Hemmung beseitigt werden.

[32]) A. M. Hölder Anm. a zu § 204.

[33]) Also auch in den Fällen der §§ 1676 ff., 1680, 1765.

ist es gleichgültig, ob das Kind ein eheliches[34]) ist (§§ 1591 ff.) oder nur als eheliches gilt oder die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes erlangt hat (§§ 1699 ff., 1719 ff., 1723 ff., 1757).

Die Hemmung der Verjährung endigt mit Eintritt der Volljährigkeit oder mit der Volljährigkeitserklärung (§ 3 Abs. 2).[35])

3. Die Verjährung von Ansprüchen zwischen Vormund und Mündel — nicht nur von Ansprüchen des Mündels gegen den Vormund — ist während der Dauer des Vormundschaftsverhältnisses gehemmt, also vom Tage der Bestellung des Vormundes (§ 1789) bis zum Tage der Beendigung der Vormundschaft (§§ 1882 ff., 1897).[36])

4. Eine analoge Anwendung der Vorschrift des § 204 auf andere Vertrauens- oder Abhängigkeitsverhältnisse ist nicht zulässig. Insbesondere findet eine Hemmung der Ansprüche zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht statt.[37])

§ 205. IV. Wirkung der Hemmung.

1. Der Zeitraum, während dessen die Verjährung gehemmt ist, wird in die Verjährungsfrist nicht eingerechnet (§ 205). Anders als bei der Unterbrechung beginnt nach Beendigung der Hemmung nicht eine neue Verjährung (§ 217), vielmehr wird die bis zum Eintritte der Hemmung verstrichene Zeit in die Verjährungsfrist mit eingerechnet.[38]) Die Wirkung der Hemmung besteht hiernach darin, daß der bei ihrem Eintritte noch nicht abgelaufene Theil der Verjährungsfrist nach Beendigung der Hemmung abläuft. Gleichgültig ist es — abgesehen von dem Falle des § 203,[39]) — ob die Hemmung beim Beginne der Verjährung vorliegt oder ob sie während des Laufes derselben eintritt. In ersterem Falle muß die ganze Verjährungsfrist, in letzterem der Rest nach Beendigung der Hemmung ablaufen[40]).

2. Die Verjährung läuft auch während der Hemmung, nur wird die Zeit nicht gerechnet (§ 205). Daraus folgt:

---

[34]) Bei unehelichen Kindern kommen nur die Ansprüche zwischen dem Kinde und der Mutter in Betracht, da der Vater mit ihnen nicht als verwandt gilt (§ 1589 Abs. 2).

[35]) Siehe oben S. 39.

[36]) Zufolge der Vorschrift des § 1915 tritt auch bei Ansprüchen zwischen Pfleger und Pflegebefohlenem eine Hemmung der Verjährung nach Maßgabe des § 204 ein. Ebenso Planck Anm. 4 zu § 204. — Auf den Gegenvormund, den Beistand und das Mitglied eines Familienraths (§§ 1792, 1687, 1860) findet § 204 S. 2 keine Anwendung. A. M. Fischer-Henle Anm. 4 zu § 204.

[37]) Vergl. hierzu M. I S. 326, K.-B. zu § 199 E. III, Stenographische Berichte des Reichstags, 9. Legislatur-Periode, IV. Session S. 2753.

[38]) War eine 30jährige Verjährung, die mit Ablauf des 31. 12. 1900 vollendet gewesen wäre, während des Monats December 1900 gehemmt, so wird sie mit Ablauf des 31. 1. 1901 vollendet. Wird sie am 31. 12. 1900 durch eine Abschlagzahlung unterbrochen, so beginnt an diesem Tage eine neue Verjährung, die mit Ablauf des 31. 12. 1930 vollendet wird.

[39]) Siehe oben S. 250 unter 1.

[40]) Vgl. Rehbein Anm. III zu §§ 194 ff. S. 306, Gareis Anm. 1 zu § 202. —. War eine Verjährung, die anderenfalls am 31. 12. 1900 vollendet wäre, vom 28. 11. 1900 bis 2. 3. 1901 gehemmt, so fehlten beim Eintritte der Hemmung an der Verjährungsfrist noch 1 Monat und 3 Tage, die nach Beseitigung der Hemmung ablaufen müssen, so daß die Verjährung mit dem Ablaufe des 5. 4. 1901 vollendet wird. — Wenn für ein minderjähriges Kind im Jahre 1900 ein der dreißigjährigen Verjährung unterliegender Anspruch gegen seinen Vater entsteht und das Kind am 12. 2. 1906 volljährig wird (§ 204 S. 2), so muß von diesem Tage an die ganze Verjährungsfrist ablaufen. Die Verjährung wird also mit dem Ablaufe des 11. 2. 1936 vollendet.

a) daß die Verjährung beginnt, auch wenn ein Hemmungsgrund vorliegt[41]). Nur wenn der Hemmungsgrund eine Stundung ist, wird im Falle des § 201 S. 2 der Beginn der Verjährung hinausgeschoben[42]).

b) daß die Verjährung auch während der Hemmung unterbrochen werden kann[43]).

3. Die Hemmung wirkt nur unter den Personen, zwischen denen der Hemmungsgrund eingetreten ist (vgl. §§ 425 Abs. 2, 429 Abs. 3, 432 Abs. 2). Eine Hemmung der Verjährung des Anspruchs gegen den Hauptschuldner hemmt die Verjährung des Anspruchs gegen den Bürgen nicht und umgekehrt. Dabei ist jedoch die Vorschrift des § 768 Abs. 1 S. 1 zu berücksichtigen. Ist der Anspruch gegen den Hauptschuldner verjährt, so kann danach auch der Bürge die Leistung verweigern. Ist die Leistung dem Hauptschuldner gestundet oder ist dieser aus einem anderen Grunde vorübergehend zur Verweigerung der Leistung berechtigt, so ist es nach § 768 Abs. 1 S. 1 auch der Bürge, so daß nach § 202 Abs. 1 auch die Verjährung des Anspruchs gegen ihn gehemmt ist.

Bei Ansprüchen, für die eine Hypothek bestellt ist, ist die Hemmung der Verjährung des persönlichen Anspruchs auf die Verjährung des dinglichen Anspruchs, soweit eine solche überhaupt in Frage kommt (§ 902), ohne Einfluß und umgekehrt[44]).

§ 64. Unterbrechung der Verjährung.

Eine Unterbrechung der Verjährung tritt nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen ein. Sie kann entweder durch Handlungen des Verpflichteten (§ 208) oder durch Handlungen des Berechtigten (§ 209) bewirkt werden.

I. Handlungen des Verpflichteten. § 208.

Die Verjährung wird unterbrochen, wenn der Verpflichtete dem Berechtigten gegenüber den Anspruch anerkennt (§ 208).

1. Es bedarf keiner rechtsgeschäftlichen Willenserklärung, bei welcher der Wille auf die Herbeiführung der Unterbrechung gerichtet ist[1]).

---

[41]) Anders E. I § 161 Abs. 1, mit dem aber § 205, entgegen Prot. I S. 212, sachlich keineswegs übereinstimmt. A. M. auch D. S. 53, Planck Anm. 1 zu § 205. — Wenn eine Ehefrau im Jahre 1900 im Geschäft ihres Ehemanns Waaren kauft, so beginnt die Verjährung des Anspruchs des Ehemanns mit dem Schlusse des Jahres 1900, sie ist aber gehemmt, so lange die Ehe besteht (§ 204 S. 1). Stirbt die Ehefrau am 18. 9. 1902, so wird die Verjährungsfrist von diesem Tage an gerechnet, so daß die Verjährung mit Ablauf des 18. 9. 1904 vollendet wird. Irrig wäre es, anzunehmen, daß der Beginn der Verjährung bis zum 18. 9. 1902 hinausgeschoben sei und dann, wie das Ob. Trib. für das preußische Recht (Strieth Arch. Bd. 70 S. 224 ff.), unter analoger Anwendung des § 201 daraus zu folgern, daß die Verjährung erst mit dem Schlusse des Jahres 1902 beginne. A. M. Rehbein Anm. III, 2 c zu § 194 ff. S. 810.

[42]) Vgl. auch § 802 S. 1, wo es in Abweichung von dem sonstigen Sprachgebrauche („Die Verjährung ist gehemmt") heißt: „Der Beginn und der Lauf der Verjährung werden gehemmt."

[43]) Wenn ein Anspruch, dessen 2jährige Verjährung mit dem Schlusse des Jahres 1901 begonnen hat, für die Dauer des Monats November 1902 gestundet wird (§ 202 Abs. 1), so wird doch durch ein am 15. 11. 1902 erfolgtes Anerkenntniß die Verjährung unterbrochen. Die neue Verjährungsfrist wird dann vom 1. 12. 1902 an gerechnet. Die Verjährung wird vollendet mit Ablauf des 30. 11. 1904.

[44]) Eine Sondervorschrift enthält § 477 Abs. 3.

[1]) Die entgegengesetzte Ansicht von Endemann (I § 91, III, 1, Hölder Anm. 3 zu § 208) ist gegenüber M. I S. 326—327, Prot. I S. 222—223 und der Fassung des Gesetzes nicht haltbar. Vergl. auch Planck Anm. 2 zu § 208, Rehbein Anm. IV, 1 a zu §§ 194 ff. S. 315, Crome § 116, II, 1, Gareis Anm. 6 zu § 208, Leonhard § 65 VI, a.

Vielmehr genügt jede „Kundgebung, aus welcher die Ueberzeugung des Verpflichteten von dem Bestehen des Anspruchs erhellt“ [2]). Das Anerkenntniß des § 208 braucht also nur eine Rechtshandlung im engeren Sinne zu sein [3]). Es bedarf keiner Form, es kann ausdrücklich oder stillschweigend sein.

2. Erfordert wird nur, daß es dem Berechtigten gegenüber abgegeben wird [4]). Dagegen ist eine Annahme des Anerkenntnisses seitens des Berechtigten nicht erforderlich [5]).

3. Als Beispiele führt das Gesetz Abschlagzahlung, Zinszahlung und Sicherheitsleistung an. Auch bei diesen ist erforderlich, daß sie ein Anerkenntniß seitens des Verpflichteten dem Berechtigten gegenüber enthalten [6]). Diesem Erforderniß ist aber auch dann genügt, wenn sie zwar seitens eines Dritten, aber auf Veranlassung oder mit Zustimmung des Verpflichteten bewirkt werden.

4. Die Unterbrechung wird sogleich mit dem Anerkenntnisse wieder beendigt. Die neue Verjährung (§ 217) beginnt also an demselben Tage, an dem das Anerkenntniß erfolgt ist.

II. Handlungen des Berechtigten.

Der Berechtigte kann die Verjährung nur durch die im § 209 aufgeführten prozessualischen Akte und Vollstreckungshandlungen unterbrechen, die auf eine gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs gerichtet sind. Andere gerichtliche oder außergerichtliche Handlungen, wie Protestationen, die Verwendung des Anspruchs zur Einrede, außergerichtliche Mahnungen unterbrechen die Verjährung nicht [7]).

Die Mittel zur Unterbrechung der Verjährung sind:

§ 209 Abs. 1. 1. Erhebung der Klage, und zwar ohne Unterschied, ob sie auf Befriedigung (CPO. §§ 253, 254, 257—259), auf Feststellung (CPO. §§ 256, 280), auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel (CPO. § 731) oder auf Erlassung des Vollstreckungsurtheils (CPO. §§ 722, 1042) gerichtet ist (§ 209 Abs. 1). Eine Klage im Sinne des § 209 Abs. 1 ist auch die Widerklage.

Im Einzelnen gilt folgendes:

a) Die Klage muß den Vorschriften des § 253 Abs. 2 CPO. entsprechen. Im übrigen wird die Verjährung auch durch eine nicht genügend substantiirte Klage unterbrochen, falls nur der Anspruch hinreichend bezeichnet ist. [8]) Der Zeitpunkt, mit dem die Klage als erhoben gilt, bestimmt sich nach den §§ 253, 499, 500, 510 Abs. 2, 696 Abs. 1, 207 CPO., für die Widerklage nach § 281 CPO. (vergl. auch EG. Art. 152).

---

[2]) D. S. 55.

[3]) Siehe oben § 33 S. 136. Da sie aber eine Ueberzeugung des Handelnden zum Ausdrucke bringen muß, so kommen auf das Anerkenntniß die Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit (§§ 104 ff.) zur Anwendung, sodaß z. B. eine von einem Geschäftsunfähigen geleistete Abschlagzahlung die Verjährung nicht unterbricht (§ 105 Abs. 1). Ebenso Planck Anm. 2 zu § 208.

[4]) Wenn die Erben bei der Erbregulierung ohne Zuziehung des Gläubigers dessen Anspruch als bestehend anerkennen, so wird dadurch die Verjährung nicht unterbrochen (Ob. Trib. Bd. 17 S. 123). Ebensowenig dadurch, daß A. dem B. erzählt, C. habe von ihm noch 100 M. aus einem Darlehen zu fordern.

[5]) Die Verjährung wird daher auch dann unterbrochen, wenn der Berechtigte das Anerkenntniß zurückweist oder den Anspruch bestreitet.

[6]) Durch eine Abschlagzahlung, welche der Schuldner unter Verwahrung gegen das Bestehen des Anspruchs und unter Vorbehalt der Rückforderung leistet, wird die Verjährung nicht unterbrochen.

[7]) Vergl. aber Preuß. AG. Art. 8 § 2 Nr. 2 S. 1, Preuß. Gerichtskostengesetz vom 6. 10. 1899 § 13 Abs. 4 S. 1.

[8]) Dernburg P.P. I § 168 Anm. 9. Siehe auch Anm. 13.

b) Die Unterbrechung tritt nur insoweit ein, als die Klagerhebung erfolgt, insoweit also der Anspruch rechtshängig wird (§§ 263, 281 CPO.) und damit die Möglichkeit einer rechtskräftigen Entscheidung gegeben ist (§ 322 Abs. 1 CPO.). Hieraus folgt, daß die Klagerhebung in Ansehung eines Theiles des Anspruchs die Verjährung des ganzen Anspruchs nicht unterbricht[9]). Es genügt nicht, wie im Falle des § 208, eine Kundgebung, aus der die Absicht des Berechtigten hervorgeht, sich den ganzen Anspruch zu erhalten, sondern es muß diese Absicht in Ansehung des ganzen Anspruchs durch Erhebung der Klage zum Ausdrucke gebracht werden.[10])

c) Die Verjährung wird auch durch Erhebung der Klage bei einem unzuständigen Gericht unterbrochen. Wenn jedoch demnächst die Klage wegen Unzuständigkeit des Gerichts rechtskräftig abgewiesen wird, so gilt die Unterbrechung der Verjährung als nicht erfolgt (§ 212 Abs. 1). Erhebt aber der Berechtigte binnen einer Frist von sechs Monaten[11]) seit Rechtskraft des abweisenden Urtheils von neuem Klage, so gilt die Verjährung als durch die Erhebung der ersten Klage unterbrochen (§ 212 Abs. 2 S. 1). Die gleichen Vorschriften gelten, wenn die Klage durch ein anderes nicht in der Sache selbst entscheidendes Urtheil[12]) rechtskräftig abgewiesen oder wenn sie zurückgenommen wird (CPO. § 271 Abs. 3)[13]). § 212.

Die Bestimmung des § 212 Abs. 2 findet nicht nur auf die zweite, sondern auch auf jede folgende Klage Anwendung.[14])

---

[9]) Ebenso Planck Anm. 1, c zu § 209, S. Goldmann Anm. 2 zu § 26 HGB. VI S. 121, theilweise abweichend Rehbein Anm. IV, 1 c zu §§ 194 ff. S. 318. Wer Zinsen einklagt, unterbricht dadurch nicht die Verjährung des Hauptanspruchs. Anders § 570 I, 9 ALR. Vgl. RG. Bd. 34 S. 261, Bd. 39 S. 216.

[10]) Das Gleiche gilt für die übrigen Mittel zur Unterbrechung der Verjährung (§ 209 Abs. 2). A. M. Rehbein a. a. O.

[11]) Auf diese Frist finden die Vorschriften der §§ 203, 206, 207 entsprechende Anwendung (§ 212 Abs. 2 S. 2). — Im Falle des § 490 beträgt die Frist nur 6 Wochen (§ 490 Abs. 2).

[12]) Ein solches liegt vor, wenn es wegen eines Verstoßes gegen Prozeßregeln zu einer sachlichen Entscheidung nicht gekommen ist (M. I S. 330, Prot. I S. 226), z. B. weil die Klage in einer unzulässigen Prozeßart erhoben war (CPO. §§ 592 ff., 597 Abs. 2) oder wenn sie aus einem anderen rein prozessualischen Grunde abgewiesen ist (z. B. CPO. §§ 274, 595 Abs. 1, 615 Abs. 2, 633, 667). Nicht hierher gehört z. B. eine Abweisung zur Zeit, die vielmehr ein in der Sache selbst entscheidendes Urtheil darstellt, auf welches § 211 Anwendung findet. Eine Abweisung angebrachtermaßen kann nach der CPO. nur aus prozessualischen Gründen erfolgen. Sie bildet dann ein nicht in der Sache selbst entscheidendes Urtheil im Sinne des § 212. Eine Abweisung wegen ungenügender Substantiirung enthält ein in der Sache selbst entscheidendes Urtheil und damit eine Aberkennung des Anspruchs (vergl. Struckmann und Koch 6. Aufl. Anm. 3 zu § 130 CPO., Wilmowski und Levy 7. Aufl. Anm. 2 zu § 293, Gaupp-Stein Anm. VI zu § 139 CPO.). Die Abweisung wegen unzulässiger Klagänderung ist Sachurtheil, soweit sie den ursprünglichen Klaganspruch betrifft. In Ansehung der geänderten Klage liegt ein nicht in der Sache selbst entscheidendes Urtheil vor. Der zweite Anspruch ist nach § 281 CPO. rechtshängig geworden, die Verjährung ist unterbrochen und § 212 findet Anwendung (a. M. Neumann Anm. 2 zu § 212).

[13]) Zu beachten ist, daß die Vorschrift des § 212 voraussetzt, daß eine Unterbrechung der Verjährung durch ordnungsmäßige Klagerhebung stattgefunden hat. War dies nicht der Fall, entsprach z. B. die Klageschrift nicht den Vorschriften des § 253 Abs. 2 CPO. oder die Zustellung nicht denen der §§ 166 ff. CPO., so ist eine Unterbrechung der Verjährung überhaupt nicht erfolgt. Es ist deshalb für Anwendung des § 212 kein Raum. Vergl. auch RG. Bd. 14 S. 340, Bd. 45 S. 424, Gruchot Bd. 44 S. 1091.

[14]) Die Verjährung des Anspruchs des A. gegen B. würde mit dem 31. 12. 1902 ablaufen. Die Klage des A. wird dem B. am 30. 12. 1902 zugestellt. Da sie irrthümlich beim Amtsgericht I in Berlin erhoben ist, während das Amtsgericht II zuständig ist, nimmt

§ 211. d. **Die Unterbrechung der Verjährung durch Klagerhebung dauert fort**, bis der Prozeß erledigt ist, z. B. durch rechtskräftige, wenn auch unter Vorbehalt ergangene, Entscheidung oder durch gerichtlichen[15] Vergleich (§§ 211 Abs. 1, 219), jedoch nur unter der Voraussetzung, daß der Prozeß nicht durch eine Vereinbarung der Parteien oder dadurch, daß er von den Parteien[16] nicht betrieben wird, in Stillstand geräth (vergl. z. B. CPO. §§ 251, 333). Geschieht letzteres, so endigt die Unterbrechung mit der letzten Prozeßhandlung der Parteien oder des Gerichts (§ 211 Abs. 2 S. 1).[17] Hierzu ist zu bemerken:

α. Die **Beendigung** der Unterbrechung **wird herbeigeführt durch den Stillstand des Prozesses.** Ist aber der Stillstand eingetreten, so wird der **Zeitpunkt der Beendigung** nicht durch den Zeitpunkt **bestimmt**, in dem der Prozeß in Stillstand gerathen ist, sondern **durch die letzte Prozeßhandlung der Parteien oder des Gerichts.**[18]

β. **Ein Stillstand des Prozesses durch Nichtbetreiben im Sinne des § 211 Abs. 2 S. 1 tritt ein**, sobald die Parteien es unterlassen, den Prozeß **unverzüglich** weiter zu betreiben (ohne schuldhaftes Zögern § 121).[19] Voraussetzung für den Eintritt des Stillstandes ist danach

sie A. im Termin am 20. 1. 1903 zurück. Die neue im Juni 1903 zugestellte, beim Amtsgericht II in Berlin erhobene Klage wird im Juli 1903 auf Grund des § 274 Abs. 2 No. 6 CPO. abgewiesen. Nachdem A. nunmehr dem B. die Kosten des ersten Prozesses erstattet hat, klagt er im October 1903 von neuem, wird aber, da er das auf die zweite Klage ergangene Urtheil nicht hatte zustellen lassen, auf die Einrede der Rechtshängigkeit (CPO. § 274 Abs. 2 Nr. 4) wiederum abgewiesen, und zwar durch ein Urtheil, das im Januar 1904 die Rechtskraft erlangt. A. läßt, nachdem inzwischen auch das zweite Urtheil zugestellt und im Februar 1904 rechtskräftig geworden ist, dem B. im Mai 1904 eine vierte Klage zustellen. Dann gilt die Verjährung als am 30. 12. 1902 unterbrochen. —

[15]) Ein außergerichtlicher Vergleich (wie Neumann Anm. 3 zu § 211 annimmt) erledigt den Prozeß nicht.

[16]) Ein Stillstand, der durch die Unthätigkeit des Gerichts verursacht ist (z. B. in den Fällen der §§ 349 ff. 361 ff. CPO.), hat die Beendigung der Unterbrechung nicht zur Folge und zwar auch dann nicht, wenn die Parteien es unterlassen, durch Stellung von Anträgen das Gericht zur Fortsetzung des Verfahrens zu veranlassen. — Ob der Prozeß durch den Gläubiger oder durch den Schuldner betrieben wird, ist auf die Dauer der Unterbrechung ohne Einfluß.

[17]) Unabhängig davon, daß durch die Vereinbarung, der Prozeß solle ruhen, die Unterbrechung der Verjährung beendigt wird, ist die Frage, ob nicht eine solche Vereinbarung den Lauf der Verjährung in anderer Weise beeinflußt. Wenn z. B. der beklagte Aussteller eines Wechsels im Termin am 1. 6. erklärt, er wolle am 1. 11. Zahlung leisten, der Kläger hiermit einverstanden ist und die Parteien nunmehr vereinbaren, daß das Verfahren bis zum 1. 11. ruhen solle, so ist zwar die Unterbrechung der Verjährung mit dem 1. Juni beendigt, die Verjährung ist aber Grund der Stundung vom 1. Juni bis 1. November gehemmt (§ 202 Abs. 1, siehe oben S. 246 Anm. 6).

[18]) Das Gericht beschließt und verkündet im Termin am 4. Mai, dem Beklagten eine Frist von einem Monate zur Angabe der Adresse eines Zeugen zur Vermeidung des Ausschlusses mit dem Zeugen zu bestimmen (CPO. § 356) und für den Fall der Angabe der Adresse Termin von Amtswegen anzuberaumen. Wenn der Beklagte die Adresse nicht anzeigt und von keiner Seite nach Ablauf der Frist eine Ladung erfolgt, so ist der Prozeß in Stillstand gerathen und die Unterbrechung der Verjährung mit dem 4. Mai beendet.

[19]) Vergl. § 554 I, 9 ALR.: „von dem Tage an, wo der Kläger die Sache hätte fortsetzen können und sollen". Es ist von Wichtigkeit, diesen Zeitpunkt festzustellen, weil in ihm in Folge der möglicher Weise eintretenden Rückdatierung der Beendigung der Unterbrechung die Verjährung schon vollendet sein kann. — a. Ein Anspruch aus einem Viehkauf auf Schadensersatz wegen eines Hauptmangels (§ 490) würde am 1. 7. verjähren. Die Klage wird am 30. 6. zugestellt, im Termin am 12. 7. wird auf Antrag der Parteien ein neuer Termin anberaumt und zwar wegen der Gerichtsferien auf den 20. 9. Erscheinen beide Parteien in diesem Termine nicht, so geräth der Prozeß in Stillstand (§ 251 Abs. 2

einmal, daß der Prozeßbetrieb rechtlich möglich war[20]) und ferner, daß, falls dies die Lage des einzelnen Falles erfordert, eine Zeit vergangen ist, innerhalb deren die Parteien bei Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (vergl. § 276 Abs. 1) den Prozeß hätten betreiben müssen.[21])

Die Vorschrift des § 211 Abs. 2 S. 1 findet auch auf die Fälle der Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens (CPO. §§ 239 ff.) Anwendung. Hier ist allerdings von einem Stillstande des Prozesses an sich keine Rede[22]), da der Betrieb des Verfahrens zunächst rechtlich nicht möglich ist (CPO. § 249 Abs. 2). Sobald aber die Möglichkeit, das Verfahren weiter zu betreiben, dadurch gegeben ist, daß entweder die Unterbrechung oder Aussetzung beendigt oder daß auch nur die Partei im Stande ist, die Aufnahme des Verfahrens herbeizuführen (vergl. z. B. CPO. §§ 239, 244, 246), so tritt ein Stillstand im Sinne des § 211 Abs. 2 ein, wenn die Aufnahme nicht unverzüglich betrieben wird.[23])

CPO.), die Unterbrechung der Verjährung endigt am 12. 7. (letzte Prozeßhandlung), so daß die sechswöchentige Frist des § 490 abgelaufen, die Verjährung vollendet ist und durch eine am 21. 9. zugestellte Ladung nicht mehr unterbrochen werden kann. — b. Es handelt sich um eine dreimonatige Verjährung. Am 13. 7. wird ein neuer Termin auf den 5. 10. anberaumt. Am 2. 10. wird über das Vermögen des Beklagten das Konkursverfahren eröffnet, das aber am 6. 10. wegen Mangels an Masse eingestellt wird (KO. § 204), bevor noch der Kläger seinen Anspruch angemeldet hat. Der Einstellungsbeschluß wird am 7. 10. öffentlich bekannt gemacht. (KO. §§ 205, 76.) Es fragt sich, wann der Prozeß jetzt im Sinne des § 211 Abs. 2 in Stillstand geräth. Reicht eine Partei am 8. 10. eine Ladung ein und stellt die am 9. zurückgelangte am 10. zu, so kann von einem Stillstande keine Rede sein. Wie aber, wenn die Zustellung erst am 13. oder am 20. erfolgt? Nimmt man an, daß der Stillstand schon mit dem 12. 10. eingetreten ist, so konnte, da die neue Verjährung am 13. 7. anfing, diese zwar noch durch die am 13., aber nicht mehr durch die am 20. 10. zugestellte Ladung von neuem unterbrochen werden. Siehe den Text und die folgenden Anmerkungen.

[20]) Nach Fischer-Henle Anm. 5 zu § 211 soll diese Voraussetzung genügen, der Stillstand also eintreten, wenn der Prozeß nicht betrieben wird, obwohl die rechtliche Möglichkeit hierzu vorlag. Dies würde jedoch zu unannehmbaren Resultaten führen. Wenn z. B. ein Urtheil verkündet ist, so ist es rechtlich möglich, es zuzustellen. Thatsächlich kann dies erst geschehen, wenn das Urtheil ausgefertigt ist. Und wenn der Kläger die Ausfertigung heute erhält, so wird man nicht annehmen können, daß ein Stillstand des Prozesses eintritt, wenn die Zustellung nicht heute, sondern erst morgen erfolgt. Es muß ein modicum tempus gewährt werden. Anderenfalls würde es bei einer Rückdatierung des Beginns der neuen Verjährung auf die letzte Prozeßhandlung in vielen Fällen der Partei unmöglich sein, den Eintritt der Verjährung zu verhindern. Vergl. die Beispiele in Anmerkung 23.

[21]) Im Falle a der Anm. 19 S. 256 konnte und mußte der Prozeß im Termin am 20. 9. durch Verhandlung oder Anberaumung eines neuen Termins weiter betrieben werden. Im Falle b trat die Möglichkeit erst mit der Einstellung des Konkursverfahrens ein. Erst wenn nunmehr eine angemessene Frist verstrichen ist, ohne daß die Parteien den Prozeß weiter betreiben, geräth er in Stillstand.

[22]) M. I S. 333.

[23]) Irreführend ist es, davon zu sprechen, daß ein Nichtbetrieb des Prozesses seitens der Parteien erst vom Wegfalle des Unterbrechungs- oder Aussetzungsgrundes ab in Frage kommen kann (Neumann Anm. 4a zu § 211). Vielmehr kommt § 211 Abs. 2 auch schon vorher in der im Texte angegebenen Weise zur Anwendung (vergl. auch Planck Anm. 3 zu § 211). Die Wirkung der Vorschrift ist aber in den einzelnen Fällen der Unterbrechung und Aussetzung in Folge ihrer verschiedenen prozessualischen Behandlung eine verschiedene. Folgendes Beispiel möge zur Erläuterung dienen:

In dem Falle a der Anm. 19 S. 256 stirbt der durch einen Anwalt nicht vertretene Kläger A. am 1. 8. Das Verfahren wird hierdurch unterbrochen (CPO. § 239 Abs. 1). Der Erbe ist vor der Annahme der Erbschaft zur Fortsetzung des Prozesses nicht verpflichtet (CPO. § 239 Abs. 5), ein Stillstand tritt deshalb vorläufig nicht ein. Nachdem am 10. 8. in Gegenwart des eingesetzten Erben B. das Testament des A. eröffnet

γ) Der Prozeß wird betrieben, wenn eine Partei Prozeßhandlungen vornimmt oder vornehmen läßt (durch das Gericht oder den Gerichtsvollzieher), die den Prozeß der rechtskräftigen Entscheidung unmittelbar entgegenführen, z. B. Zustellung einer Ladung, mündliche Verhandlung, Bestimmung eines neuen Termins, ohne daß eine Ladung erforderlich ist (z. B. CPO. §§ 218, 336 S. 2), Beweisaufnahme, Verkündung oder Zustellung des Urtheils, Einlegung der Berufung, Aufnahme des Verfahrens u. s. w. Die Vornahme von Prozeßhandlungen, die an sich nicht geeignet sind, die rechtskräftige Entscheidung herbeizuführen, bedeuten keinen Betrieb des Prozesses im Sinne des § 211 Abs. 2 S. 1, z. B. Zustellung eines vorbereitenden Schriftsatzes, der keine Ladung enthält (CPO. § 129), Bestimmung eines Termins, zu dem eine Ladung erforderlich ist (z. B. CPO. §§ 335 Abs. 2, 337 S. 2)[24].

δ) Wenn die Unterbrechung der Verjährung nur so lange fortdauert, als Prozeßhandlungen der unter γ gedachten Art vorgenommen werden und fortwirken, so kann unter der letzten Prozeßhandlung, auf welche die Be-

---

worden ist und B. bis zum 21. 9. die Erbschaft nicht ausgeschlagen hat (§§ 1943, 1944), erfolgt die Aufnahme des Verfahrens (CPO. § 250) am 24. 9. Dann bleibt die Verjährung unterbrochen. Erfolgt dagegen die Aufnahme erst am 25. 10., so war der Prozeß in Folge dieser Verzögerung der Aufnahme schon vorher in Stillstand gerathen und die Unterbrechung der Verjährung mit dem 12. 7. beendigt. Die Verjährung wird aber nach § 207 erst mit Ablauf des 2. 11. vollendet (§ 207 S. 2), so daß sie bis dahin durch Betreiben des Prozesses (§ 211 Abs. 2 S. 2) von neuem unterbrochen werden kann. Wird der Prozeß erst nach dem 2. 11. aufgenommen, so ist der Anspruch verjährt. — Wird am 25. 8. ein Nachlaßpfleger bestellt (§ 1960 Abs. 2) oder nimmt an diesem Tage der Testamentsvollstrecker das Amt an (§ 2202), so müssen sie ihre Bestellung dem Gegner unverzüglich anzeigen (CPO. §§ 243, 241). Anderenfalls geräth der Prozeß in Stillstand und die Unterbrechung der Verjährung endigt mit dem 12. 7. Die Verjährung wird aber erst mit Ablauf des 6. 10 vollendet (§ 207). Erfolgt die Anzeige, wird aber der Prozeß demnächst nicht unverzüglich weiter betrieben, so endigt die Unterbrechung der Verjährung mit der Anzeige. — Nachdem B. das Verfahren am 24. 9. aufgenommen und zum 15. 10. geladen hat, wird am 10. 10. das Konkursverfahren über den Nachlaß eröffnet oder eine Nachlaßverwaltung angeordnet (§ 1975). Das Verfahren wird hierdurch von neuem unterbrochen (CPO. §§ 240, 241 Abs. 2). Wird es vom Konkursverwalter (CPO. §§ 243, 240, KO. § 10) oder Nachlaßverwalter (CPO. § 241) nicht unverzüglich aufgenommen, so endigt die Unterbrechung der Verjährung mit dem 24. 9. — Der Prozeß gelangt durch Zustellung der Berufungsschrift am 12. 12. in die Berufungsinstanz, in der am 30. 1. Termin ansteht. Am 26. 1. stirbt der Anwalt des B. (CPO. § 244). Wenn nicht unverzüglich B. einen neuen Anwalt bestellt und dieser von seiner Bestellung dem Gegner Anzeige macht, geräth der Prozeß in Stillstand, die Unterbrechung der Verjährung ist mit dem 12. 12. beendigt und die Verjährung vollendet. — Der neue Anwalt zeigt dem Gegner seine Bestellung am 2. 2. an. In Folge eines Stillstandes der Rechtspflege ist das Verfahren aber vom 4. 2. bis 10. 10. unterbrochen (CPO. § 245). Wird demnächst das Verfahren nicht unverzüglich weiter betrieben, so geräth der Prozeß in Stillstand und die Unterbrechung der Verjährung ist mit dem 2. 2. beendigt. Die Verjährung wird jedoch erst mit Ablauf des 20. 11. vollendet, da sie vom 4. 2. bis 10. 10. gehemmt war (§ 203).

[24]) Die Unterbrechung der Verjährung durch Klagerhebung und ihre Fortdauer haben ihren Grund darin, daß der Streit betrieben und seiner endgültigen Erledigung entgegengeführt wird (M. I S. 332). Nach dieser Bedeutung der Vorschrift des § 211 Abs. 2 S. 1 kann die bloße Zustellung eines vorbereitenden Schriftsatzes oder die Anberaumung eines Termins, zu dem der Gegner erst noch geladen werden muß, als ein Betrieb des Prozesses nicht erachtet werden. Anderenfalls würden die Parteien in der Lage sein, den Verjährungszweck zu vereiteln, indem sie durch Zustellung von Schriftsätzen oder durch Anberaumung von Terminen, zu denen der Gegner garnicht geladen wird, die Unterbrechung der Verjährung andauernd aufrecht erhalten, ohne daß der Prozeß thatsächlich der rechtskräftigen Entscheidung entgegengeführt wird. — Danach muß z. B. im Falle des § 335 Abs. 2 CPO. die erschienene Partei die nicht erschienene zu dem neuen Termine unverzüglich laden, wenn nicht der Prozeß in Stillstand gerathen soll.

endigung der Unterbrechung beim Stillstande des Prozesses zurückdatiert wird, gleichfalls nur eine Prozeßhandlung dieser Art verstanden werden.

ε. Die neue Verjährung, welche nach der durch den Stillstand des Prozesses beendigten Unterbrechung beginnt, wird dadurch, daß eine der Parteien — nicht das Gericht — den Prozeß weiter betreibt, in gleicher Weise wie durch Klagerhebung unterbrochen (§ 211 Abs. 2 S. 2)[25]. Welche Partei den Prozeß betreibt, ist gleichgültig, so daß in diesem Falle auch durch den Prozeßbetrieb des Schuldners die Verjährung unterbrochen wird.

Wie die Unterbrechung der Verjährung fortdauert, so lange der Prozeß betrieben wird (§ 211 Abs. 1, Abs. 2 S. 1), so wird die Verjährung nach dem Stillstande durch das Betreiben des Prozesses von neuem unterbrochen. Die gleichen Prozeßhandlungen, welche den Stillstand des Prozesses verhindern (S. 1 des § 211 Abs. 2), sind nach S. 2 geeignet, die neue Verjährung zu unterbrechen.

e) Ausnahmsweise wird die Verjährung des Anspruchs auf Wandelung, auf Minderung und auf Schadensersatz wegen Mangels einer zugesicherten Eigenschaft (§§ 477, 490), auf Lieferung einer mangelfreien Sache (§ 480), sowie der in § 638 bezeichneten Ansprüche des Bestellers nicht nur durch Erhebung der Klage, sondern schon durch den Antrag auf gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises unterbrochen (§§ 477 Abs. 2, 480 Abs. 1, 490 Abs. 1 und 2, 639 Abs. 1). Die Verjährung dauert bis zur Beendigung des Verfahrens (§ 477 Abs. 2 S. 2). § 211 Abs. 2 und § 212 finden entsprechende Anwendung (§ 477 Abs. 2 S. 3; siehe auch § 490 Abs. 2).

§ 209 Abs. 2 Nr. 1.

2. Zustellung eines Zahlungsbefehls im Mahnverfahren (§ 209 Abs. 2 Nr. 1, CPO. §§ 688, 693).

a) Gleichgültig ist es, ob eine wegen des Anspruchs zu erhebende Klage vor die Amtsgerichte oder Landgerichte gehört[26]. Auch die Verjährung des Anspruchs aus einem Wechsel, für dessen Geltendmachung das Landgericht zuständig ist, wird durch Zustellung eines Zahlungsbefehls unterbrochen[27].

b) Die Unterbrechung der Verjährung durch Zustellung eines Zahlungsbefehls wird mit der Zustellung gleich wieder beendigt. Nach der Zustellung beginnt sofort eine neue Verjährung[28]. Wird Widerspruch gegen den

---

[25]) Einer neuen Klage würde der Einwand der Rechtshängigkeit (CPO. § 274 Abs. 2 Nr. 4) entgegenstehen. Aus demselben Grunde muß § 211 Abs. 2 S. 2 auch Anwendung finden, wenn die Unterbrechung durch ein unter Vorbehalt ergangenes rechtskräftiges Urtheil beendigt ist (§§ 211 Abs. 1, 219). Ebenso muß § 211 Abs. 2 S. 2 analog angewendet werden, wenn die Klage vor Beginn der Verjährung des Anspruchs erhoben ist. Dann wird die beginnende Verjährung durch den Betrieb des Prozesses nach Maßgabe des § 211 unterbrochen, so daß die Verjährung thatsächlich erst mit der Beendigung der Unterbrechung beginnt (vergl. M. I S. 333), z. B. wenn Jemand aus einem aufschiebend bedingten Anspruch auf Leistung klagt und die Bedingung erst im Laufe des Prozesses eintritt oder wenn Jemand nach § 257 CPO. auf künftige Leistung klagt zu einer Zeit, zu der die Verjährung nach § 199 noch nicht begonnen hat und der Beginn der Verjährung während des Prozesses eintritt.

[26]) Vergl. RG. Bd. 14 S. 31, Bd. 24 S. 197.

[27]) Anders für das bisherige Recht RG. Bd. 14 S. 31 ff. Art. 80 W.-O. ist durch Art. 8 Nr. 2 EG. zum HGB. aufgehoben.

[28]) Die §§ 211—216 ergeben, daß das BGB. für jede Unterbrechungsart Sondervorschriften giebt. Deshalb dürfen die Bestimmungen für den einen Unterbrechungsgrund auf den anderen ohne ausdrückliche Vorschrift (vergl. §§ 214 Abs. 3, 215 Abs. 1) nicht angewendet werden. §§ 211, 212 kommen daher hier nicht in Betracht. Vergl. auch Planck Anm. 2 zu § 213, Fischer-Henle Anm. 4 zu § 213. Nach Rehbein Anm. IV, 2b zu

Zahlungsbefehl nicht erhoben, so kann die Verjährung erst durch eine Vollstreckungshandlung unterbrochen werden (§ 209 Abs. 2 Nr. 5). Der Erlaß des Vollstreckungsbefehls (CPO. § 699) und dessen Zustellung unterbrechen die Verjährung nicht (vergl. jedoch § 218).

Wird rechtzeitig Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl erhoben oder Einspruch gegen den Vollstreckungsbefehl eingelegt, so finden, wenn eine wegen des Anspruchs zu erhebende Klage vor die Amtsgerichte gehört, nunmehr §§ 211, 212 Anwendung, da die Klage als mit der Zustellung des Zahlungsbefehls erhoben angesehen wird (CPO. §§ 696, 700).[29] Gehört die zu erhebende Klage vor das Landgericht (CPO. §§ 697, 700), so kann die neue Verjährung, die nach Zustellung des Zahlungsbefehls begonnen hat, nur nach den allgemeinen Grundsätzen (§ 209) unterbrochen werden.

§ 213. c) In allen Fällen gilt die durch Zustellung des Zahlungsbefehls bewirkte Unterbrechung als nicht erfolgt, wenn die Wirkungen der Rechtshängigkeit erlöschen (BGB. § 213, CPO. §§ 697, 700, 701).

§ 209 Abs. 2 Nr. 2. 3. Anmeldung des Anspruchs im Konkurse (§ 209 Abs. 2 Nr. 2, KO. § 139).

a) Die Eröffnung des Konkursverfahrens ist auf den Lauf der Verjährung ohne Einfluß.

§ 214. b) Die Unterbrechung durch Anmeldung dauert fort, bis der Konkurs beendigt ist (§ 214 Abs. 1), und zwar ohne Rücksicht darauf, wie sich das Schicksal des Anspruchs im Konkursverfahren gestaltet, ob er festgestellt oder vom Verwalter, dem Gemeinschuldner oder einem Konkursgläubiger bestritten, ob eine Klage auf Feststellung oder behufs Verfolgung eines Widerspruchs (KO. § 146 Abs. 6) erhoben und verfolgt, der Widerspruch gegen den Anspruch für begründet oder unbegründet erklärt wird.[30] Ebenso ist es gleichgültig, aus welchem Grunde das Konkursverfahren beendigt wird, ob durch Vertheilung der Masse (KO. § 163), Zwangsvergleich (KO. § 190), Einstellung des Verfahrens (KO. §§ 202, 204) oder Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses (KO. § 109).[31]

Nur in einem Falle dauert die Unterbrechung auch nach der formellen Beendigung des Konkurses fort, wenn nämlich bei der Letzteren für eine Forderung, die in Folge eines bei der Prüfung erhobenen Widerspruchs im Prozesse befangen ist, ein Betrag zurückbehalten wird (KO. §§ 168 Nr. 1, 146, 152).

---

§ 194 ff. S. 222 soll die Unterbrechung durch Zustellung eines Zahlungsbefehls erst mit Ablauf der in diesem gestellten Frist aufhören. Dies hat im Gesetze keine Begründung. — Wenn wegen eines Wechselregreßanspruchs von 200 Mk., der einer dreimonatigen Verjährung unterliegt (WO. Art. 78 Nr. 1), ein Zahlungsbefehl zugestellt und gegen ihn Widerspruch nicht erhoben ist, so kann zwar noch 6 Monate nach Ablauf der im Zahlungsbefehle bestimmten Frist auf Gesuch des Gläubigers der Vollstreckungsbefehl erlassen werden (CPO. §§ 699, 701). Der Anspruch ist aber verjährt; auf den Einspruch des Schuldners (CPO. § 700) und den Einwand der Verjährung ist die Klage abzuweisen.

[29]) Daß, wie Rehbein Anm. IV, 2, b S. 322—323 meint, mit der Nachricht von dem erhobenen Widerspruche die neue Verjährung beginne, ist unzutreffend. Die neue Verjährung beginnt erst, wenn der Kläger nunmehr den Prozeß nicht betreibt (§ 211 Abs. 2), und zwar beginnt sie dann mit Zustellung des Zahlungsbefehls.

[30]) M. I S. 334 ff., Prot. I S. 230.

[31]) Für den letzteren Fall eine Ausnahme zu machen und die Anmeldung als nicht erfolgt anzusehen, erscheint gegenüber der allgemeinen Fassung des Gesetzes nicht begründet. Ebenso Planck Anm. 1 zu § 214, Rehbein Anm. IV, 2c zu §§ 194 ff. S. 323, A. M. Fischer-Henle Anm. 4 zu § 214, Hölder Anm. 2 zu § 214. — Ueber den Zeitpunkt der Beendigung des Konkursverfahrens vergl. noch Wilmowski Anm. 2 zu § 151, Anm. 2 zu § 175, Anm. 1 zu § 191 der alten KO.

Die Beendigung der Unterbrechung bestimmt sich dann nach den Vorschriften des § 211 (§ 214 Abs. 3).

c) Wird die Anmeldung zurückgenommen, so gilt die Unterbrechung als nicht erfolgt (§ 214 Abs. 2).

§ 209 Abs. 2 Nr. 3.

4. Geltendmachung der Aufrechnung des Anspruchs im Prozesse (§ 209 Abs. 2 Nr. 3).[32])

a) Die Unterbrechung der Verjährung durch Geltendmachung der Aufrechnung im Prozeß ist von Bedeutung nur für die Fälle, in denen die Aufrechnung nicht von Erfolg ist. Ist in Wirklichkeit im Prozeß aufgerechnet worden, so ist der Anspruch dadurch erloschen (§ 389), mag die Klage auf Grund der Aufrechnung oder aus einem anderen Grunde[33]) abgewiesen werden. Auch von den Fällen, in denen die Aufrechnung nicht zum Erfolge führt, scheiden noch diejenigen aus, in denen entschieden wird, daß die Gegenforderung nicht besteht (CPO. § 322 Abs. 2), da es auch hier an einem Gegenstande der Verjährung fehlt. Hiernach bleiben für die Anwendung des § 209 Abs. 2 Nr. 3 nur übrig:

α) Die Fälle der sogenannten eventuellen Aufrechnung, wenn nämlich der Beklagte in erster Reihe den Klaganspruch bestreitet oder einen anderen Einwand als den der Aufrechnung erhebt, die Letztere nur eventuell erklärt und die Klage auf Grund des prinzipalen Vorbringens abgewiesen wird.

β) Die Erklärung und Geltendmachung der Aufrechnung in erster Reihe, falls die Klage aus einem prozessualen Grunde abgewiesen wird und der klägerische Anspruch nicht besteht[34]).

γ) Die Fälle, in denen die Aufrechnung erklärt und geltend gemacht wird, obwohl sie nicht zulässig ist (§§ 393--395) und der Einwand deshalb verworfen wird[35]).

b) Der Zeitpunkt, in dem die Aufrechnung als geltend gemacht gilt, bestimmt sich nach §§ 128, 278 CPO. (Erhebung der Einwendung in der mündlichen Verhandlung)[36]).

---

[32]) Anders E. I; vergl. M. I S. 328 und Prot. I S. 224. Für das bisherige Recht für die Unterbrechung Ob.-Trib. Bd. 49 S. 119, ROHG. Bd. 12 S. 234. — Nicht die Aufrechnung an sich (§ 388), sondern deren Geltendmachung im Prozeß unterbricht die Verjährung. Deshalb liegt in der Zulassung der Unterbrechung in diesem Falle keine Abweichung von dem Prinzipe, daß nur solchen Handlungen des Berechtigten unterbrechende Kraft zukommen solle, welche auf die richterliche Feststellung des Anspruchs abzielen (Prot. I S. 224, vgl. oben S. 254 unter II). Dies ist auch bei der Geltendmachung der Aufrechnung im Prozesse der Fall, wenn auch die Feststellung thatsächlich nicht immer erfolgt. Vgl. CPO. § 322 Abs. 2, Struckmann und Koch, 6. Aufl., Anm. 4 zu § 293 CPO., Gaupp-Stein Anm. VI zu § 322 CPO.

[33]) A. wendet gegen die Klage des B. auf Zahlung von 100 M. ein, er rechne mit einer Gegenforderung von 100 M. auf und schulde deshalb nichts mehr. B. wird abgewiesen, weil ein anderes Gericht ausschließlich zuständig ist. Klagt jetzt A. gegen B. auf Zahlung von 100 M., so kann B. einwenden, daß der Anspruch des A. durch die im Vorprozeß erklärte Aufrechnung erloschen sei.

[34]) Vgl. das von Eccius, die eventuelle Aufrechnung, bei Gruchot Bd. 42 S. 36 angeführte Beispiel. Der Beklagte erklärt, er habe das eingeklagte Darlehn nicht empfangen. Da er aber seine Frau nicht als Zeugin vernehmen lassen, auch selbst einen Eid nicht leisten wolle, so mache er nur Aufrechnung mit einer Gegenforderung geltend. Wird in diesem Falle die Klage z. B. wegen mangelnder Prozeßfähigkeit des Klägers abgewiesen, so bleibt, falls der Klaganspruch in Wirklichkeit nicht besteht, die Gegenforderung in Kraft. Ihre Verjährung ist durch die Geltendmachung der Aufrechnung unterbrochen.

[35]) Die Geltendmachung der Aufrechnung unterbricht hier die Verjährung ebenso, wie die Erhebung einer (z. B. zur Zeit) unbegründeten Klage.

[36]) § 281 CPO. (Prot. I S. 225) findet hier nicht Anwendung, da durch die

c) Die Unterbrechung der Verjährung tritt auch hier[37]) nur insoweit ein, als die Aufrechnung im Prozesse geltend gemacht wird, also, wenn dies nur in Ansehung eines Theiles des Anspruchs geschieht, nur für diesen Theil. Zu einem höheren Betrag als dem des Klaganspruchs kann die Aufrechnung naturgemäß nicht geltend gemacht und die Verjährung nicht unterbrochen werden[38]).

§ 215. d) Die Unterbrechung durch Geltendmachung der Aufrechnung dauert so lange wie die durch Erhebung der Klage.[39]) Sie endigt erst, wenn der Prozeß rechtskräftig entschieden[40]) oder anderweit erledigt ist,[41]) oder wenn er nach § 211 Abs. 2 S. 1 in Stillstand geräth, und zwar letzteren Falles mit der letzten Prozeßhandlung der Parteien oder des Gerichts (§ 215 Abs. 1).[42]) Der Beklagte, der die Aufrechnung geltend macht, hat danach gleichfalls ein Interesse an dem Fortgange des Prozesses. — § 211 Abs. 2 S. 2 findet auch hier Anwendung (§ 215 Abs. 1).

e) Nach Beendigung des Prozesses — durch rechtskräftige Entscheidung oder anderweitige Erledigung, z. B. Vergleich, Klagerücknahme — muß der, welcher die Aufrechnung geltend gemacht hat, binnen 6 Monaten, im Falle des § 490 binnen 6 Wochen (§ 490 Abs. 2), Klage auf Befriedigung oder Feststellung des Anspruchs erheben. Anderenfalls gilt die Unterbrechung als nicht erfolgt. Auf die Frist finden die Vorschriften der §§ 203, 206, 207 entsprechende Anwendung (§ 215 Abs. 2).

§ 209 Abs. 2 Nr. 4. 5. Streitverkündung in dem Prozesse, von dessen Ausgange der Anspruch abhängt (§ 209 Abs. 2 Nr. 4, CPO. §§ 72 ff).

a) Voraussetzung für die Unterbrechung durch Streitverkündung ist hiernach,

α) daß es sich um einen Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung handelt, den der Streitverkündende gegen einen Dritten erheben zu können glaubt. Ansprüche eines Dritten, die der Streitverkündende besorgt (CPO. § 72), kommen hier nicht in Betracht. Wegen anderer Ansprüche ist eine Streitverkündung nach § 72 CPO. nicht zulässig;[43])

Geltendmachung der Aufrechnung Rechtshängigkeit des Anspruchs nicht begründet wird. (Vgl. RG. Bd. 6 S. 420, Bd. 16 S. 374, Bd. 18 S. 408.) — Im Falle des § 767 CPO. wird die Aufrechnung im Wege der Klage geltend gemacht.

[37]) Siehe oben S. 255 unter b.

[38]) Planck Anm. 2a zu § 209.

[39]) Voraussetzung ist, daß der Einwand der Aufrechnung aufrecht erhalten wird. Wird er zurückgenommen, so gilt er überhaupt nicht als vorgebracht und die Unterbrechung als nicht erfolgt.

[40]) Gemeint ist hier das über die Aufrechnung rechtskräftig entscheidende Urtheil, also nicht das unter Vorbehalt ergehende Zwischenurtheil (CPO. §§ 302, 145 Abs. 3, 529 Abs. 3), sondern das Endurtheil. § 215 ist im § 219 nicht angezogen.

[41]) Zu der anderweitigen Erledigung gehört hier auch die Rücknahme der Klage.

[42]) Siehe oben S. 256 unter α, S. 258 unter γ.

[43]) Die Wittwe A., die außer Stande ist, sich selbst zu unterhalten, und deren einziger Sohn B. gleichfalls außer Stande ist, ihr den Unterhalt zu gewähren (§ 1603 Abs. 1), fordert Gewährung des Unterhalts von ihrem Vater C. (§§ 1601, 1602, 1613). C. bestreitet, daß B. vermögenslos und demzufolge, daß er selbst unterhaltspflichtig ist (§ 1606 Abs. 1 S. 1). A. klagt nunmehr gegen B. und verkündet C. den Streit, weil sie für den Fall des ihr ungünstigen Ausganges des Rechtsstreits den Unterhaltsanspruch gegen C. erheben will. Der Anspruch gegen C. ist weder ein Anspruch auf Gewährleistung noch auf Schadloshaltung. Daher wird durch die Streitverkündung, die den Voraussetzungen des § 72 C.P.O. nicht entspricht, die Verjährung des Anspruchs der A. gegen C. auf Gewährung des Unterhalts für die Vergangenheit nicht unterbrochen.

β) daß der Anspruch von dem Ausgange des Prozesses abhängt, in dem die Streitverkündung erfolgt. Nicht hierher gehören die Fälle, in denen die Entstehung des Anspruchs von dem Ausgange des Prozesses abhängt, da die Verjährung hier erst mit diesem beginnt (§ 198 S. 1). Gemeint sind die Fälle, in denen der Anspruch objektiv besteht, aber der Verpflichtete sich über sein Bestehen in einen Prozeß eingelassen hat. Dann hat die Verjährung bereits begonnen, doch hängt der Anspruch, sein Bestehen, da hierüber im Prozeß entschieden wird, von dessen Ausgang ab. In Betracht kommen von den Gewährleistungsansprüchen namentlich die Ansprüche des Käufers gegen den Verkäufer wegen Mängel im Rechte (§§ 434, 440 Abs. 1),[44] [45] sowie die Ansprüche auf Schadloshaltung,[46] zu denen auch der Wechselregreßanspruch des verklagten Indossanten gehört.[47]

b) Der Zeitpunkt, in dem die Verjährung als durch Streitverkündung unterbrochen gilt, bestimmt sich nach § 73 CPO. (Zustellung des Schriftsatzes).

c) Im Uebrigen gelten die Vorschriften des § 215 auch für die Unter=

---

[44]) A. hat von B. ein Grundstück gekauft und gegen Zahlung des Kaufpreises aufgelassen erhalten. C. behauptet demnächst, daß an dem Grundstücke zu Gunsten des jeweiligen Eigenthümers seines Grundstücks eine Grunddienstbarkeit bestehe (EG. Art. 187). Besteht diese, so hat A. gegen B. einen Anspruch auf Schadensersatz nach Maßgabe der §§ 434, 440, 325. Läßt er es zum Prozesse mit C. über das Bestehen der Grunddienstbarkeit kommen, so hängt sein Anspruch auf Schadloshaltung gegen B. von dem Ausgange dieses Prozesses ab. Dann wird die Verjährung dieses Anspruchs durch Streitverkündung an B. unterbrochen.

[45]) Irrig ist die Ansicht der M. I S. 329 (vergl. auch Rehbein Anm. IV, 1d zu §§ 194 ff. S. 320), daß die Vorschrift namentlich für die Verjährung der Ansprüche auf Wandelung und Minderung von Bedeutung sei. Diese Ansprüche des Käufers hängen von dem Ausgange seines Prozesses mit seinem Käufer nicht ab. Wenn eine Sache von A. an B. und von diesem an C. verkauft wird, so haben wegen desselben Fehlers der Sache B. einen selbständigen Anspruch auf Minderung an A. und C. an B. Ob C. seinen Anspruch gegen B. geltend macht und ob er im Prozesse mit diesem Anspruche durchdringt, ist rechtlich ohne Einfluß auf den Anspruch des B. gegen A. — Vergl. auch die Vorschrift des § 478 Abs. 1, nach der trotz der Streitverkündung in einem zwischen dem Käufer und einem späteren Erwerber der Sache anhängigen Rechtsstreite der Anspruch verjährt und nur Kraft der besonderen Bestimmung die Einrede erhalten wird.

[46]) Wenn das Pferd des A. den B. gebissen hat, so entstehen hierdurch ein Schadensersatzanspruch des B. gegen A. und dessen Kutscher C. (§ 833, 834) und ein Anspruch des A. auf Schadloshaltung gegen seinen Kutscher C. Klagt B. gegen A., so kann Letzterer die Verjährung seines Anspruchs gegen C. durch Streitverkündung unterbrechen, nicht aber B. die Verjährung seines Anspruchs gegen C. als Gesammtschuldner mit A. (§ 840 Abs. 1).

[47]) Nach Aufhebung des Art. 80 WO. (EG. zum HGB. Art. 8 Nr. 2) unterliegt die Unterbrechung der Wechselverjährung allgemein, und so auch die Unterbrechung durch Streitverkündung, den Vorschriften des BGB. Der Wechselkläger, welcher von mehreren Verpflichteten (WO. Art. 81) zunächst nur einen in Anspruch genommen hat, kann die Verjährung seines Anspruchs gegen die übrigen Verpflichteten schon deshalb nicht durch Streitverkündung unterbrechen, weil dieser Anspruch nicht von dem Ausgange des Prozesses gegen den zuerst Verklagten abhängt. Das Gleiche gilt von dem Anspruche des verklagten Ausstellers oder Indossanten gegen den Acceptanten, weil dieser Anspruch kein solcher auf Gewährleistung oder Schadloshaltung ist (vergl. WO. Art. 23). Dagegen liegen in Ansehung des Regreßanspruchs des verklagten Indossanten gegen den Aussteller und die übrigen Vormänner alle Voraussetzungen des § 209 Abs. 2 Nr. 4 vor. Es handelt sich um einen Anspruch auf Schadloshaltung im Sinne des § 72 CPO. (vergl. WO. Artt. 8, 14 S. 1, Dernburg II § 274). Der Anspruch ist bereits entstanden (siehe hierüber ROHG. Bd. 24 S. 1, RG. Bd. 21 S. 401, Staub § 6 zu Art. 10, § 6 zu Art. 51 WO., Bernstein Vorbemerkung 1 vor Art. 41 WO.), seine Verjährung hat begonnen (WO. Art. 79 Abs. 2). Er hängt aber, da der Indossant sich verklagen ließ, vom Ausgange des Prozesses ab. Die Verjährung kann daher durch Streitverkündung an den Aussteller oder die übrigen Vormänner unterbrochen werden.

brechung durch Streitverkündung. Insbesondere dauert auch diese bis zur rechtskräftigen Entscheidung oder anderweitigen Erledigung des Prozesses und sie gilt als nicht erfolgt, wenn nicht der Streitverkündende binnen sechs Monaten nach Beendigung des Prozesses Klage auf Befriedigung oder Feststellung des Anspruchs erhebt.[48])

§ 209 Abs. 2 Nr. 5.

6. Vornahme einer Vollstreckungshandlung und, soweit die Zwangsvollstreckung den Gerichten oder anderen Behörden zugewiesen ist, Stellung des Antrags auf Zwangsvollstreckung (§ 209 Abs. 2 Nr. 5).

a) Voraussetzung für die Unterbrechung ist, daß eine Vollstreckungshandlung vorgenommen ist (CPO. §§ 808, 814, 815, 825, 826, 828 ff., 866, 872 ff., 883 ff., 900 ff.). Vorbereitende Handlungen, z. B. Antrag auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel, Auftrag zur Zwangsvollstreckung an den Gerichtsvollzieher, Anberaumung eines Versteigerungstermins durch diesen, genügen nicht. Dies gilt im Resultat auch für die Fälle, in denen die Zwangsvollstreckung den Gerichten oder anderen Behörden zugewiesen ist (vgl. CPO. § 790, 791, 828, 866 Abs. 1, GBO. § 1, CPO. §§ 886 ff., 901, ZVG.

§ 216.

§ 1). Zwar wird hier die Verjährung schon durch die Stellung des Antrags auf Zwangsvollstreckung unterbrochen (§ 209 Abs. 2 Nr. 5), aber die Unterbrechung gilt als nicht erfolgt, wenn dem Antrage nicht stattgegeben[49]) oder der Antrag vor der Vornahme der Vollstreckungshandlung zurückgenommen wird (§ 216 Abs. 2). Es muß also auch hier zu einer Vollstreckungshandlung kommen (z. B. Erlaß des Pfändungsbeschlusses). Ist dies der Fall, so wird die Verjährung sowohl durch den Antrag wie durch die Vollstreckungshandlung unterbrochen.

b) Gleichgültig ist, auf Grund welchen Schuldtitels die Zwangsvollstreckung vorgenommen ist, ob auf Grund eines rechtskräftigen oder für vorläufig vollstreckbar erklärten Urtheils oder eines der in den §§ 794, 801 CPO. aufgeführten Schuldtitel. Auch durch die Vollstreckungshandlungen, die zur Vollziehung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung vorgenommen werden (CPO. §§ 928, 930—933, 936, 938, 941),[50]) wird die Verjährung unterbrochen. Das Gleiche gilt von einer Vorpfändung gemäß § 845 CPO., falls sie durch rechtzeitige Bewirkung der Pfändung den Charakter einer Vollstreckungshandlung erhält[51]).

c) Die Unterbrechung dauert nicht über die Vornahme der Vollstreckungshandlung fort[52]). Nach der Vornahme beginnt eine neue Verjährung, die durch eine weitere Vollstreckungshandlung unterbrochen werden kann[53]).

---

[48]) Näheres siehe S. 262 unter d und e. Nach bisherigem Rechte für die Unterbrechung durch Streitverkündung Ob.-Trib. Bd. 25 S. 325, ROHG. Bd. 11 S. 289, Dernburg PP. I § 168 Anm. 14, dagegen RG. Bd. 10 S. 290, Bd. 24 S. 209.

[49]) Nicht stattgegeben ist dem Antrage, wenn er rechtskräftig zurückgewiesen ist. Solange dies nicht der Fall ist, gilt die Unterbrechung durch den Antrag als erfolgt.

[50]) Auch hier handelt es sich um eine (antizipierte) Zwangsvollstreckung (vgl. Struckmann und Koch, Vorbemerkung zum fünften Abschnitt des achten Buches der CPO.), also um Vollstreckungshandlungen im Sinne des § 209 Abs. 2 Nr. 5. A. M. Fischer-Henle Anm. 11 zu § 209.

[51]) Ebenso Neumann Anm. 5a zu § 209. — Keine Vollstreckungshandlungen sind die Selbsthülfehandlungen des § 229.

[52]) Siehe oben S. 259 Anm. 28.

[53]) Ist die Verjährung durch Pfändung einer körperlichen Sache (CPO. § 808) unterbrochen, so beginnt unmittelbar nach der Pfändung eine neue Verjährung, die durch die Versteigerung der gepfändeten Sache unterbrochen wird.

d) Wenn die Vollstreckungsmaßregel auf Antrag des Berechtigten oder wegen Mangels der gesetzlichen Voraussetzungen aufgehoben wird, so gilt die Unterbrechung als nicht erfolgt (§ 216 Abs. 1, Abs. 2 a. E.)[54]. Die Aufhebung einer Vollstreckungsmaßregel aus anderen Gründen (vergl. z. B. CPO. §§ 769—771, 776, 781—786) berührt die erfolgte Unterbrechung nicht.

7. Wenn die Zulässigkeit des Rechtswegs von der Vorentscheidung einer Behörde abhängt (vergl. z. B. Reichsbeamtengesetz vom 31. 3. 1873 § 150, EG. zum GVG. § 11 Abs. 2) oder wenn die Bestimmung des zuständigen Gerichts durch ein höheres Gericht zu erfolgen hat (CPO. § 36), so läuft die Verjährung trotz des der Geltendmachung des Anspruchs im Rechtsweg entgegenstehenden Hindernisses. Eine Hemmung tritt nicht ein.[55] Deshalb bestimmt das Gesetz, daß in diesen Fällen[56] die Verjährung durch die Einreichung des Gesuchs an die Behörde oder das höhere Gericht in gleicher Weise wie durch Klagerhebung unterbrochen wird, jedoch nur dann, wenn binnen einer Frist[57] von drei Monaten — im Falle des § 490 von sechs Wochen (§ 490 Abs. 2) — nach Erledigung des Gesuchs die Klage erhoben wird (§ 210).[58][59] § 210.

[54] Z. B. wenn der Gläubiger die gepfändeten Sachen freigiebt oder auf die durch Pfändung einer Forderung erworbenen Rechte verzichtet (CPO. § 843), wenn die Pfändung aufgehoben wird, weil das Urtheil nicht mit der Vollstreckungsklausel versehen (CPO. § 724) oder nicht zugestellt (CPO. § 750) oder weil die Pfändung nach §§ 811, 850 CPO. unzulässig war. — Der Gläubiger wird im Falle der Intervention zu beachten haben, daß die Unterbrechung der Verjährung als nicht erfolgt gilt, wenn er die Pfandstücke freigiebt. Allerdings wird es sich hier meist um die 30jährige Verjährung des § 218 handeln oder es wird, wenn auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urtheils vollstreckt ist, die Unterbrechung durch Klagerhebung fortdauern (§ 211). Vgl. aber z. B. § 218 Abs. 2.

[55] M. I S. 340.

[56] Im Falle des § 36 CPO. muß das zuständige Gericht bestimmt sein. Wird das Gesuch wegen Mangels der Voraussetzungen des § 36 CPO. zurückgewiesen, so liegen auch die Voraussetzungen für die Anwendung des § 210 nicht vor.

[57] Auf diese Frist finden die Vorschriften der §§ 203, 206, 207 entsprechende Anwendung (§ 210 S. 2).

[58] Für den Fall des § 36 Nr. 6 CPO. (vergl. E. I § 171 Abs. 3) ergiebt sich aus den Vorschriften der §§ 210, 212 beispielsweise folgendes: Es handelt sich um eine Verjährung, die mit Ablauf des 31. 12. 1900 vollendet wird. Die Klage des A. beim Amtsgerichte X. wird am 1. 11. 1900 erhoben (§ 209 Abs. 1), aber wegen Unzuständigkeit des Gerichts durch Urtheil abgewiesen, das am 3. 2. 1901 rechtskräftig wird (§ 212 Abs. 1). A. erhebt von neuem Klage beim Amtsgerichte Y., die am 31. 7. 1901 zugestellt wird (§ 212 Abs. 2). Auch diese Klage wird wegen Unzuständigkeit des Gerichts abgewiesen; das Urtheil wird am 30. 11. 1901 rechtskräftig (§ 212 Abs. 1). Die Entscheidung des Amtsgerichts X. war unrichtig, dieses Gericht ist zuständig. A. reicht nunmehr am 15. 5. 1902 beim Landgerichte Z. ein Gesuch um Bestimmung des zuständigen Gerichts ein (§§ 212 Nr. 2, 210). Nachdem ihm der Beschluß, durch den das Amtsgericht X. als zuständiges Gericht bestimt ist, am 5. 6. 1902 zugestellt ist, erhebt er die neue Klage am 26. 8. 1902 (§ 210). Dann gilt die Verjährung als am 1. 11. 1900 unterbrochen.

[59] Zu beachten ist, daß das Gesetz mit „Erhebung der Klage" in den §§ 210—212, 215 eine verschiedene Bedeutung verbindet. Während in den §§ 211, 212 Abs. 1 mit „Klagerhebung" erkennbar nur der Fall des § 209 Abs. 1 gemeint ist, ist im übrigen in jedem Falle zu untersuchen, inwieweit „Klagerhebung" auch die im § 209 Abs. 2 der Erhebung der Klage gleichgestellten Mittel zur Unterbrechung der Verjährung umfaßt. Im Falle des § 210 wird durch Einreichung des Gesuchs die Verjährung auch dann unterbrochen werden, wenn binnen 3 Monaten nach dessen Erledigung ein Zahlungsbefehl zugestellt oder der Anspruch im Konkurs angemeldet wird. Ebenso sind Zahlungsbefehl und Anmeldung im Konkurs im Sinne des § 215 Abs. 2 eine Erhebung der Klage auf Befriedigung des Anspruchs. Endlich müssen sie auch im Falle des § 212 Abs. 2 der Klagerhebung gleichstehen.

§ 220. 8. Wenn ein Anspruch vor einem Schiedsgerichte (CPO. §§ 1025 ff.), einem besonderen Gerichte (GVG. § 14), einem Verwaltungsgericht oder einer Verwaltungsbehörde (GVG. § 13) geltend zu machen ist, so finden die Vorschriften der §§ 209—213, 215, 216, 218, 219 entsprechende Anwendung (§ 220 Abs. 1).

a) Wann die Klage erhoben ist, bestimmt sich in dem Verfahren vor besonderen Gerichten, Verwaltungsgerichten und Verwaltungsbehörden nach den betreffenden Sondervorschriften.[60] Bei Schiedsgerichten entscheidet das Verfahren im einzelnen Falle (CPO. § 1034). „Es kommt darauf an, ob und wann das von dem Schiedsgerichte thatsächlich beobachtete Verfahren bis zu einem der Klagerhebung im Sinne der CPO. entsprechenden Abschnitte geführt ist.“[61])

b) Im schiedsgerichtlichen Verfahren kann sich die Klagerhebung ohne Schuld des Berechtigten verzögern, wenn im Schiedsvertrage die Schiedsrichter nicht ernannt sind (CPO. §§ 1028, 1029), wenn die Ernennung eines Schiedsrichters aus einem anderen Grunde erforderlich ist (CPO. § 1031), oder wenn das Schiedsgericht erst nach der Erfüllung einer sonstigen Voraussetzung angerufen werden kann. Deshalb wird in diesen Fällen die Verjährung schon dadurch unterbrochen, daß der Berechtigte das zur Erledigung der Sache seinerseits Erforderliche vornimmt[62]).

c) Während auf die Fortdauer der Unterbrechung der Verjährung nach der Erhebung der Klage in den Fällen des § 220 Abs. 1, also auch im schiedsgerichtlichen Verfahren, die Vorschrift des § 211 Anwendung findet, beginnt im Falle des Abs. 2 des § 220 in Ermangelung einer besonderen Vorschrift nach der Vornahme der betreffenden Handlung sofort eine neue Verjährung.

d) Die Anwendung der Vorschriften des § 220 setzt voraus, daß ein Gericht der Art, wie dasjenige, bei welchem der Anspruch geltend gemacht wird, in Wirklichkeit zuständig ist (§ 220: „Ist der Anspruch . . . . . geltend zu machen“). Ist dies nicht der Fall, ist z. B. ein Anspruch vor einem Verwaltungsgerichte geltend gemacht, während er vor die ordentlichen Gerichte gehört, so wird die Verjährung durch die Erhebung der Klage vor dem Verwaltungsgerichte nicht unterbrochen[63]).

---

[60]) Aufrechterhalten sind die Vorschriften der Landesgesetze, welche für die nicht nach den Vorschriften der CPO. zu erledigenden Rechtsstreitigkeiten (vergl. EG. zur CPO. § 3 Abs. 1, GVG. §§ 13, 14, EG. zum GVG. § 3 Abs. 1, EG. zur CPO. § 3 Abs. 2) die Vorgänge bestimmen, nach denen die nach den Vorschriften des BGB. an die Klagerhebung und an die Rechtshängigkeit geknüpften Wirkungen eintreten (vergl. z. B. Gesetz vom 18. 2. 1880, betreffend das Verfahren in Auseinandersetzungsangelegenheiten §§ 37—39). Soweit solche Vorschriften fehlen, finden auch hier die Vorschriften der CPO. entsprechende Anwendung (EG. Art. 152).

[61]) M. I S. 360—361.

[62]) Z. B. durch schriftliche Bezeichnung des Schiedsrichters gemäß § 1029 Abs. 1 CPO., Antrag auf Ernennung des Schiedsrichters beim zuständigen Gericht (Abs. 2 daselbst, § 1031 S. 2 CPO.), Aufforderung zur Bestellung eines anderen Schiedsrichters (§ 1031 S. 1 CPO.), Antrag auf Ernennung der Schiedsrichter, wenn diese einem Dritten übertragen ist.

[63]) Dies ist besonders bei der entsprechenden Anwendung des § 212 (§ 220 Abs. 1) zu beachten. Wird z. B. eine Klage bei einem Schiedsgericht oder einem Gewerbegericht abgewiesen, weil ein Schiedsvertrag nicht besteht oder der Anspruch nicht beim Gewerbegerichte geltend zu machen ist, so findet, wenn die Klage beim ordentlichen Gerichte binnen 6 Monaten erhoben wird, § 212 Abs. 2 nicht Anwendung, weil die Voraussetzung hierfür, das Bestehen eines Schiedsvertrags, die Zuständigkeit des Gewerbegerichts, nicht vorliegt.

III. Wirkung der Unterbrechung.

Die Unterbrechung bewirkt, daß die bis zu ihr verstrichene Zeit nicht in Betracht kommt, daß vielmehr nach Beendigung der Unterbrechung (vergl. §§ 211, 214, 215) der Lauf der Verjährung von neuem beginnt (§ 217). § 217.

1. Es handelt sich nicht um eine neue Verjährung, vielmehr beginnt die alte Verjährung von neuem zu laufen[64]). Deshalb brauchen die Voraussetzungen für den Beginn der Verjährung nicht von neuem vorzuliegen[65]). Die Verjährungsfrist ist die gleiche wie die, welche vor der Unterbrechung lief.

Eine Ausnahmestellung nimmt nur die Verjährung ein, welche nach Beendigung der Unterbrechung durch Klagerhebung beginnt[66]), wenn der Anspruch rechtskräftig festgestellt ist (§§ 218 Abs. 1, 219)[67]). Sie ist eine neue selbständige Verjährung, auf deren Beginn die allgemein für diesen aufgestellten Grundsätze Anwendung finden[68]). Liegt ein Hinderniß für den Beginn der Verjährung nicht vor, so beginnt sie mit der Rechtskraft der Entscheidung[69]). Ist die Leistung erst eine gewisse Zeit nach Rechtskraft des Urtheils zu bewirken (vgl. z. B. CPO. § 257), so ist die Verjährung gehemmt, so lange der Verpflichtete zur Verweigerung der Leistung berechtigt ist (§ 202 Abs. 1)[70]). Die Verjährungsfrist beträgt im Falle des § 218 allgemein dreißig Jahre (vgl. §§ 218, 219.

Anders im umgekehrten Falle, wenn die Klage wegen Unzuständigkeit des ordentlichen Gerichts abgewiesen und nun der Anspruch binnen 6 Monaten bei dem zuständigen Schiedsgericht oder Gewerbegerichte geltend gemacht wird. Dann gilt die Vorschrift des § 212. (Das erste Urtheil ist ein nicht in der Sache selbst entscheidendes im Sinne des § 212 Abs. 1, vergl. CPO. § 274 Abs. 2 Nr. 3).

[64]) Halbsatz 1 des § 217 ist korrekter als Halbsatz 2. Vgl. auch E. I § 161 Abs. 2: die abgelaufene Zeit ist „in die Verjährungsfrist nicht einzurechnen." A. M. Endemann I § 91 unter III.

[65]) A. M. Crome § 116 II. Ist die Verjährung des Anspruchs auf ein Unterlassen durch Klagerhebung unterbrochen und die Unterbrechung dadurch beendigt, daß der Prozeß in Stillstand geräth (§ 211 Abs. 2), so läuft die Verjährung von neuem von der letzten Prozeßhandlung, nicht etwa erst von einer neuen Zuwiderhandlung an (§ 198 Abs. 2). Die Verjährung der in den §§ 196, 197 bezeichneten Ansprüche läuft gleich nach Beendigung der Unterbrechung von neuem, nicht erst vom Schlusse des Jahres, in dem die Unterbrechung beendigt ist (§ 201). Ebenso Rehbein Anm. IV, 3 zu §§ 194 ff. S. 324. A. M. Cosack I § 74 VIII a. E. Eine Ausnahmebestimmung enthalten Preuß. AG. Art. 8 § 2 Nr. 2 S. 2 und Preuß. Gerichtskostengesetz vom 6. 10. 1899 § 13 Abs. 4 S. 2.

[66]) Eine Verjährung der Litispendenz kennt das BGB. ebensowenig wie sie das ALR. kannte. Einen Ersatz bietet die Vorschrift des § 211 Abs. 2.

[67]) Näheres hierüber und über die gleichgestellten Ansprüche siehe oben S. 239 ff.

[68]) M. I S. 333. Ist z. B. Jemand rechtskräftig zu einem Unterlassen verurtheilt, so beginnt die neue Verjährung des Anspruchs auf das Unterlassen erst mit einer neuen Zuwiderhandlung (§ 198 Abs. 2).

[69]) Bei der rechtskräftigen Entscheidung des Prozesses (§ 211 Abs. 1), dem vollstreckbaren Vergleich im Falle des § 794 Nr. 1 CPO. (§ 211 Abs. 1), der Feststellung im Konkurse (§ 214 Abs. 1), der vollstreckbaren Urkunde (§ 208) schließt sich die neue Verjährung des § 218 in der Regel an die Beendigung der Unterbrechung der alten Verjährung an. Anders bei der rechtskräftigen Feststellung des Anspruchs durch einen Vollstreckungsbefehl im Mahnverfahren und dem vollstreckbaren Vergleich im Falle des § 794 Nr. 2 CPO. Nach Zustellung des Zahlungsbefehls läuft die alte Verjährung, soweit sie nicht nach Maßgabe des § 209 von neuem unterbrochen wird, bis zur Rechtskraft des Vollstreckungsbefehls (siehe oben S. 259 unter b). Mit dieser hört der Lauf der alten Verjährung auf und es beginnt die neue des § 218. — Durch die Ladung zum Zwecke eines Sühneversuchs (CPO. § 510) wird die Verjährung nicht unterbrochen. Mit dem Abschluß eines Vergleichs hört aber der Lauf der ersten Verjährung auf und es beginnt die Verjährung des § 218.

[70]) Dasselbe gilt, wenn der Anspruch im Konkurse festgestellt, der Konkurs durch Zwangsvergleich beendigt ist und Akkordfristen bewilligt sind. Vgl. M. I S. 337.

jedoch § 218 Abs. 2), auch wenn der Anspruch vor der rechtskräftigen Feststellung einer kürzeren Verjährungsfrist unterlag.

2. Die Verjährung wird in den Fällen des § 209 nur insoweit unterbrochen, als der Berechtigte eines der dort bezeichneten Mittel anwendet, und nur den Personen gegenüber, gegen die es zur Anwendung gelangt. Wird eines dieser Mittel nur in Ansehung eines Theiles des Anspruchs angewendet, — nur wegen eines Theiles ein Zahlungsbefehl zugestellt, nur ein Theil zum Konkurs angemeldet u. s. w. — so gilt allgemein das oben bei der Klagerhebung Gesagte[71]). In Ansehung der Personen, denen gegenüber die Unterbrechung eintritt, gelten die gleichen Grundsätze wie bei der Hemmung.[72]) Die Unterbrechung tritt ferner nur ein in Ansehung des Anspruchs, hinsichtlich dessen das Mittel angewendet wird.[73]) Durch die Klage auf Rechnungslegung wird die Verjährung des Anspruchs auf Zahlung, durch die Besitzklage die Verjährung des Eigenthumsanspruchs nicht unterbrochen.[74])

§ 65. Vollendung der Verjährung.

Durch den Ablauf des für die Verjährung bestimmten Zeitraums nach Maßgabe der §§ 198—201, 205, 217 wird die Verjährung vollendet.

I. Der Ablauf der Verjährungsfrist wird an sich dadurch nicht gehindert, daß durch Rechtsnachfolge in den Anspruch in der Person des Berechtigten oder Verpflichteten eine Aenderung herbeigeführt wird. Stirbt der Verpflichtete, so läuft die Frist zu Gunsten des Erben weiter; stirbt der Berechtigte oder wird eine Forderung übertragen, so setzt die Verjährung ihren Lauf zum Nachtheile des Erben oder neuen Gläubigers fort. Hier bleibt der Anspruch an sich unberührt, nur die Personen wechseln. Anders wenn eine Sache, in Ansehung deren ein dinglicher Anspruch besteht, in den Besitz eines Dritten gelangt. Mag dies im Wege der Rechtsnachfolge geschehen oder nicht, so wird dadurch ein neuer selbständiger Anspruch gegen den Dritten begründet. Trotzdem kommt, wenn die Sache durch Rechtsnachfolge in den Besitz des Dritten gelangt, die während des Besitzes des Rechtsvorgängers verstrichene Verjährungszeit dem Rechtsnachfolger zu Statten (§ 221, accessio temporis).[1]) Die Sache gelangt durch Rechtsnachfolge in den Besitz[2]) eines Dritten, wenn

§ 221.

[71]) Siehe oben S. 255 unter b.

[72]) Siehe oben S. 253 unter 3.

[73]) Ausnahmsweise bewirkt die Unterbrechung eines der Ansprüche auf Wandelung, auf Minderung oder auf Schadensersatz wegen Mangels einer zugesicherten Eigenschaft auch die Unterbrechung der Verjährung der anderen Ansprüche (§ 477 Abs. 3, vergl. §§ 480 Abs. 1, 490 Abs. 1, 639 Abs. 1).

[74]) Anders für das preußische Recht Dernburg PP. I § 168 unter 3.

[1]) A. hat dem B. eine Sache gestohlen. B. kann von A. die Herausgabe der Sache verlangen (§ 985). Die Verjährung des Anspruchs beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem A. den Besitz der Sache erlangt. Verkauft und übergiebt A. die Sache an C., so läuft die gegen A. begonnene Verjährung gegen C. weiter. Verliert A. die Sache und findet sie D. oder stiehlt sie dieser dem A., so beginnt gegen D. mit der Erlangung des Besitzes eine neue Verjährung. — Nach § 221 kommt auch dem Erwerber eines Grundstücks in Ansehung rückständiger Hypothekenzinsen die für den Rechtsvorgänger verstrichene Verjährungszeit zu Statten (M. I S. 341, vergl. § 902 Abs. 1 S. 2).

[2]) Diese — anscheinend aus Windscheid Pand. I § 110 übernommene — Ausdrucksweise des § 221 bereitet dem Verständnisse des Gesetzes Schwierigkeiten. Durch Rechtsnachfolge gelangt in den Besitz nur der Erbe, welcher Rechtsnachfolger des Erblassers ist (§ 1922 Abs. 1) und dadurch den Besitz erlangt (§ 857). Auf ihn findet aber § 221 keine Anwendung, weil er kein Dritter ist. In Bezug auf den Erben gilt vielmehr das oben

dieser den Besitz auf Grund einer Einigung mit dem bisherigen Besitzer erwirbt.

II. Nur in zwei Fällen können sich speziell der Vollendung der Verjährung noch Hindernisse in den Weg stellen, nämlich

1. wenn die Verjährung gegen eine geschäftsunfähige (§ 104) oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person (§§ 106, 114) läuft, welche ohne gesetzlichen Vertreter ist (§ 206)[8]. Hierzu ist zu bemerken: § 206.

a) Die Geschäftsunfähigkeit oder beschränkte Geschäftsfähigkeit hindert niemals

---

Gesagte: Der dingliche Anspruch bleibt derselbe, nur die Person des Verpflichteten wechselt. In allen anderen Fällen kann durch die bloße Rechtsnachfolge der Besitz nicht an einen Dritten gelangen, vielmehr muß die Erlangung der thatsächlichen Gewalt (§ 854 Abs. 1) oder wenigstens die Möglichkeit der Ausübung der Gewalt (§ 854 Abs. 2) hinzukommen. Danach kann es sich im § 221 nur um die Fälle handeln, in denen auf Grund einer Rechtsnachfolge der Besitz an einen Dritten gelangt. — Es fragt sich aber ferner, was unter Rechtsnachfolge im Sinne des § 221 zu verstehen, ob damit die Nachfolge in den Besitz (Einigung des bisherigen mit dem neuen Besitzer, Uebergabe) oder die Nachfolge in das Recht zum Besitze (Uebertragung dieses Rechtes) gemeint ist (Planck Anm. 2 zu § 221). Planck führt zur Verdeutlichung des Unterschieds als Beispiel an, daß der dingliche Vertrag, durch den die Sache von A. dem B. übertragen wird, nichtig, die Sache aber auf Grund des nichtigen dinglichen Vertrags dem B. übergeben und demnächst in Folge der Nichtigkeit von B. dem A. zurückgegeben ist. Dann würde nach der ersten Ansicht sowohl B. der Rechtsnachfolger des A., wie A. wiederum der des B. sein; dem B. würde die während des Besitzes des A., dem A. die während des Besitzes des B. und während seines eigenen früheren Besitzes verstrichene Verjährungszeit zu Statten kommen. Nach der zweiten Ansicht würde weder B. der Rechtsnachfolger des A. noch A. nach der Rückgabe der Sache der des B. sein, sodaß gegen Beide mit der Erlangung beziehungsweise Wiedererlangung des Besitzes eine neue Verjährung des dinglichen Anspruchs beginnen würde. Mit dem Wortlaute der Vorschrift lassen sich beide Ansichten vereinigen, aber nur die erste entspricht der ratio legis, ganz abgesehen davon, daß sie allein, wie das angeführte Beispiel zeigt, zu befriedigenden Resultaten führt. (Ebenso Hölder Anm. 3 zu § 221, S. Goldmann Anm. 2 VII, 1 zu § 26 HGB). Zweck des Gesetzes ist, im Falle der Uebertragung der Verjährungslage (vergl. M. I S. 341 und namentlich III S. 353) die Verjährungsfrist fortlaufen zu lassen. Die Verjährungslage wird aber im Falle des § 221 allein durch den Besitz begründet, das Recht zum Besitze ist für sie völlig gleichgültig. Mit dem Besitze wird die Verjährungslage übertragen, der Besitznachfolger ist der Rechtsnachfolger des § 221. — Planck a. a. O. entscheidet sich für die zweite Ansicht (ebenso Rehbein Anm. IV, 1 zu § 194 ff. S. 314), und zwar auf Grund der §§ 325, 727 CPO., in denen unter Rechtsnachfolger der bloße Besitznachfolger unzweifelhaft nicht zu verstehen sei. Dies beweist aber keinesfalls, daß der Ausdruck „Rechtsnachfolger" nicht im § 221 in dem oben dargelegten Sinne zu verstehen sei. Planck meint ferner, daß sich aus der ersten Ansicht ein ungerechtes und innerlich widerspruchsvolles Resultat ergebe. Wenn in dem angeführten Falle B. rechtskräftig verurtheilt werde, das Eigenthum eines Dritten anzuerkennen und demnächst die Sache an A. zurückgebe, so würde A., wenn er sich auf die während des Zwischenbesitzes des B. vollendete Verjährung berufen könne, die Einrede der Verjährung gegen den Eigenthumsanspruch des Dritten zustehen, obwohl der Letztere, so lange B. die Sache besaß, nur gegen diesen klagen konnte, gegen ihn geklagt und ein rechtskräftiges Urtheil erwirkt hat. Hierbei ist aber die Bestimmung des § 217 übersehen. Wenn der Dritte gegen B. klagt (§ 209 Abs. 1), so kommt die bis zur Klagerhebung verstrichene Zeit nicht in Betracht (§ 217), es beginnt vielmehr erst mit der Rechtskraft des Urtheils eine neue Verjährung (§§ 216, 217). Daher kann nur die seit der Rechtskraft des Urtheils verstrichene Zeit dem A. zu Statten kommen.

Nach der hier vertretenen Ansicht ist auch der unmittelbare Besitzer, der den Besitz auf Grund einer Einigung mit dem mittelbaren Besitzer erworben hat, Rechtsnachfolger des Letzteren im Sinne des § 221 (a. M. Rehbein a. a. O). Er bedarf jedoch der Vorschrift des § 221 nicht, da die Verjährung gegen den mittelbaren Besitzer fortläuft und die gegen diesen vollendete Verjährung nach § 986 Abs. 1 S. 1 auch dem unmittelbaren Besitzer zu Staaten kommt (Planck Anm. 3 zu § 221).

[8]) Auf Verjährungen, die zu Gunsten dieser Personen laufen, findet § 206 keine Anwendung (vergl. CPO. § 57).

den Beginn oder den Lauf der Verjährung, wohl aber deren Vollendung, falls der Geschäftsunfähige oder beschränkt Geschäftsfähige in irgend einem Zeitpunkt innerhalb der letzten sechs Monate der Verjährungsfrist ohne gesetzlichen Vertreter war[4]). In diesem Falle wird die Verjährung nicht vor dem Ablaufe von 6 Monaten nach dem Zeitpunkte vollendet, in dem die Person unbeschränkt geschäftsfähig wird oder der Mangel der Vertretung aufhört (§ 306 Abs. 1 S. 1)[5]). Ist die Verjährungsfrist kürzer als sechs Monate[6]), so tritt der für die Verjährung bestimmte Zeitraum an die Stelle der sechs Monate (§ 206 Abs. 1 S. 2)[7]).

b) Voraussetzung für die Anwendung des § 206 ist, daß die Person ohne gesetzlichen Vertreter ist. Gleichgültig ist es, ob etwa trotz des Fehlens des gesetzlichen Vertreters im einzelnen Falle die erforderliche Vertretung vorhanden war oder ob es umgekehrt trotz des Vorhandenseins des gesetzlichen Vertreters im einzelnen Falle an der erforderlichen Vertretung fehlte[8]).

c) Die Vorschrift des § 206 findet auf alle beschränkt geschäftsfähigen Personen Anwendung, also auch auf die wegen Verschwendung Entmündigten (§ 114), aber weder auf Abwesende, für welche die Bestellung eines Pflegers nöthig geworden ist (§ 1911), noch auf Personen, hinsichtlich deren nach § 1910 die Voraussetzungen für die Bestellung eines Pflegers vorliegen[9]). Auch für juristische Personen, die der Vertretung ermangeln, gilt die Vorschrift des § 206 nicht[10]).

---

[4]) Nach ALR. konnte gegen Minderjährige, Wahnsinnige, Blödsinnige und Taubstumme keine Verjährung beginnen, die begonnene Verjährung sich aber ungehemmt fortsetzen und vollenden. Die Vollendung während der Minderjährigkeit gewährte nur ein Recht auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§§ 535—540 I, 9 ALR.).

[5]) Wenn nach dem Beginne der sechsmonatigen Frist die Voraussetzungen des § 206 von neuem eintreten, so findet die Vorschrift wiederholt Anwendung.

[6]) Die Vorschrift des § 206 gilt für jede Verjährung ohne Ausnahme, also auch für jede kürzere Verjährung (vergl. dagegen Gesetz vom 18. 6. 1840 § 11). Auch im Falle des § 159 HGB. findet § 206 Anwendung. Eine dem Art. 149 HGB. entsprechende Vorschrift enthalten das BGB. und das neue HGB. nicht. — Vergl. auch das Haftpflichtgesetz vom 7. 6. 1871 § 8 S. 3 und EG. Art. 42 III § 8 S. 3.

[7]) Es handelt sich hier nicht um eine Hemmung der Verjährung, nicht darum, daß die Zeit, während deren z. B. der gesetzliche Vertreter fehlte, nicht in die Verjährungsfrist eingerechnet wird (§ 205), sondern um eine Verlängerung dieser Frist. Ob der gesetzliche Vertreter einen Tag oder die ganzen 6 Monate fehlte, stets kann die Verjährung erst mit dem Ablaufe von 6 Monaten nach Erlangung der unbeschränkten Geschäftsfähigkeit oder Aufhören des Mangels der Vertretung vollendet werden. — a. Wenn eine dreißigjährige Verjährung am 10. 4. 1901 ablaufen würde, der Berechtigte am 20. 3. 1901 geisteskrank wird (§ 104 Nr. 2) und am 3. 6. 1901 einen Vormund erhält, so läuft die Verjährung mit dem 3. 12. 1901 ab. — b. Der Wechselregreßanspruch eines Minderjährigen (W.-O. Art. 78 Nr. 1) würde mit Ablauf des 23. 7. 1900 verjähren. Am 22. 7. 1900 stirbt der Vormund, der Minderjährige wird mit Ablauf des 15. 8. 1900 volljährig, einen anderen Vormund hat er bis dahin nicht erhalten. Dann wird die Verjährung mit Ablauf des 15. 11. 1900 vollendet.

[8]) Wenn im Falle b der Anm. 7 der Vormund durch einen Anwalt Klage erhoben hatte, die Unterbrechung der Verjährung aber in Folge Stillstandes des Prozesses mit dem 23. 4. 1900 beendet war (§§ 211 Abs. 2, 217), so wird die Verjährung gleichfalls erst mit Ablauf des 15. 11. 1900 beendigt, obwohl der Minderjährige für die Geltendmachung seines Anspruchs auch am 22. und 23. 7. durch den vom Vormunde bestellten Anwalt genügend vertreten war (vergl. CPO. § 246). — Wird der Vormund geschäftsunfähig, so fehlt es zwar an der erforderlichen Vertretung, aber ein gesetzlicher Vertreter ist bis zur Entmündigung (§ 1885 Abs. 1) oder Entlassung (§ 1886) des Vormundes vorhanden. § 206 findet deshalb nicht Anwendung. Planck Anm. 2 zu § 206.

[9]) Siehe oben S. 145 unter 1.

[10]) Prot. I S. 220, anders E. I § 166, M. I S. 321. A. M. Kuhlenbeck Anm. 1 zu § 206 in Ansehung der Stiftung, weil diese ohne gesetzlichen Vertreter geschäftsunfähig sei. Wer geschäftsunfähig ist, bestimmt ausdrücklich § 104. Siehe auch oben S. 50 Anm. 15.

d) Der Zeitpunkt, in dem die geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person unbeschränkt geschäftsfähig wird, ist bei Minderjährigen der Eintritt der Volljährigkeit (§§ 2, 3), bei nicht entmündigten Geisteskranken (§ 104 Nr. 2) die Genesung, bei entmündigten Geisteskranken und in den Fällen des § 114 die Wiederaufhebung der Entmündigung (§ 6 Abs. 2) beziehungsweise der vorläufigen Vormundschaft[11]).

e) Wenn eine in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person prozeßfähig ist (§§ 112, 113, CPO. § 52), so ist sie im Stande, selbständig die zur Abwendung der Verjährung erforderlichen Handlungen (§ 209) vorzunehmen. In diesem Falle finden deshalb die Vorschriften des § 206 Abs. 1 keine Anwendung (§ 206 Abs. 2).

§ 207.

2. Wenn es sich um die Verjährung von Ansprüchen handelt, die zu einem Nachlasse gehören oder sich gegen einen Nachlaß richten (§ 207).

a) In Ansehung von Ansprüchen, welche sich gegen einen Nachlaß richten, mögen sie bereits in der Person des Erblassers begründet gewesen oder erst mit oder nach dem Erbfalle entstanden sein (vgl. z. B. § 1967 Abs. 2), ist die Rechtsverfolgung nach dem Tode des Erblassers zunächst wesentlich erschwert, da solche Ansprüche vor der Annahme der Erbschaft nicht gegen den Erben gerichtlich geltend gemacht werden können (§ 1958, vgl. CPO. § 239 Abs. 5). Zwar kann sich der Gläubiger durch den Antrag auf Bestellung eines Nachlaßpflegers (§ 1961) und unter Umständen durch den Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens über den Nachlaß (KO. §§ 217 Abs. 1, 216 Abs. 1) helfen; auch ist wegen exekutionsfähiger Ansprüche schon vor Annahme der Erbschaft die Zwangsvollstreckung in den Nachlaß zulässig (CPO. § 778). Zur Sicherung der Nachlaßgläubiger gegen die drohende Verjährung[12]) bestimmt jedoch das Gesetz, daß die Verjährung nicht vor dem Ablaufe von sechs Monaten nach dem Zeitpunkte vollendet wird, in dem Jemand vorhanden ist, gegen den der Anspruch geltend gemacht werden kann, nämlich in dem die Erbschaft von dem Erben angenommen oder der Konkurs über den Nachlaß eröffnet wird (KO. § 6 Abs. 2) oder von dem an der Anspruch gegen einen Vertreter[13]) geltend gemacht werden kann (§ 207 S. 1)[14]). Ist die Verjährungsfrist kürzer

---

[11]) Siehe oben S. 145.

[12]) Die Einleitung der Pflegschaft, die Eröffnung des Konkursverfahrens nehmen eine gewisse Zeit in Anspruch, während deren die Verjährung sich vollenden könnte. Auch liegt es im Interesse des Erben, Nachlaßpflegschaften nur zum Zwecke der Unterbrechung der Verjährung zu vermeiden. M. I S. 323.

[13]) Nachlaßpfleger und Nachlaßverwalter (§§ 1960 Abs. 2 und 3, 1961, 1984 Abs. 1), Abwesenheitspfleger (§ 1911), Testamentsvollstrecker nach Maßgabe des § 2213. — Ein Abwesenheitspfleger (§ 1911) kann nur in Frage kommen, wenn er für den Erblasser bestellt war und die Pflegschaft erst nach dem Tode des Erblassers endigt (§ 1921 Abs. 2 und 3). Ist der berufene Erbe, der sich über die Annahme noch nicht erklärt hat, abwesend, so ist ein Pfleger nach §§ 1960, 1961 zu bestellen. Ist der Erbe abwesend, der angenommen hat, so liegen die Voraussetzungen des § 207 nicht vor. Ist ein Abwesenheitspfleger beim Tode des Erblassers vorhanden, so können die Ansprüche gegen den Nachlaß vom Zeitpunkte des Erbfalls an gegen ihn geltend gemacht werden. Die Verjährung wird also mit dem Ablaufe von 6 Monaten nach dem Erbfalle vollendet (vgl. hierzu Planck Anm. 2 zu § 207). Endigt die Pflegschaft vor Ablauf der 6 Monate, so gilt das bei Anm. 15 Gesagte.

[14]) § 207 findet auch dann Anwendung, wenn etwa im einzelnen Falle der Anspruch vor der Annahme der Erbschaft, der Eröffnung des Konkurses und dem Vorhandensein eines Vertreters geltend gemacht werden konnte (vgl. CPO. § 778, BGB. § 209 Abs. 2 Nr. 5). Die entgegengesetzte Ansicht (Kuhlenbeck Anm. 4 zu § 207, vgl. M. I S. 323 bis 324) ist gegenüber der allgemeinen Fassung des § 207 unbegründet.

als sechs Monate, so tritt der für die Verjährung bestimmte Zeitraum an die Stelle der sechs Monate (§ 207 S. 2).

Die Möglichkeit, den Anspruch nach Maßgabe des § 207 geltend zu machen, muß innerhalb der vollen sechs Monate bestehen. Fällt sie vor Ablauf der Frist wieder fort, endigt z. B. die Nachlaßpflegschaft oder das Konkursverfahren vor Ablauf der sechs Monate, so kommt die Vorschrift des § 207 von neuem zur Anwendung, d. h. die Verjährungsfrist wird nicht vor dem Ablaufe von sechs Monaten nach dem Zeitpunkte vollendet, von dem an nunmehr die Geltendmachung des Anspruchs nach Maßgabe des § 207 wieder möglich wird[15].

b) Der Erbe ist vor der Erklärung über die Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft berechtigt (§ 1959), aber nicht verpflichtet, Ansprüche, die zu einem Nachlasse gehören, geltend zu machen. Er setzt sich unter Umständen der Gefahr aus, daß in der Geltendmachung eine Annahmeerklärung gefunden wird. Es fehlt also auch hier zunächst an einer Person, die in Ansehung der Verjährung zur Geltendmachung der Ansprüche verpflichtet ist. Deshalb ist § 207 auch auf die Verjährung von Ansprüchen für anwendbar erklärt, die zu einem Nachlasse gehören. Die Verjährung dieser Ansprüche wird nicht vor dem Ablaufe von 6 Monaten nach dem Zeitpunkte vollendet, in dem die Erbschaft von dem Erben angenommen oder der Konkurs über den Nachlaß eröffnet wird oder von dem an der Anspruch von einem Vertreter geltend gemacht werden kann (vergl. §§ 1960 Abs. 2, 1984 Abs. 1, 1911, 2205, 2212). Im übrigen gilt das unter a Gesagte.[16]

§ 66. Wirkung der Verjährung.

§ 222.

I. Die Wirkung der Verjährung besteht in einer zerstörenden Einrede, die dem Anspruch entgegensteht. Der Verpflichtete ist nach der Vollendung der Verjährung berechtigt, die Leistung zu verweigern (§ 222 Abs. 1). Im Einzelnen ist hierzu zu bemerken:

1. Zwar ist der gesetzgeberische Gedanke, auf dem das Rechtsinstitut der Verjährung beruht, der, daß im Allgemeinen Ansprüche, die der Berechtigte eine gewisse Zeit lang nicht geltend gemacht hat, muthmaßlich durch Tilgung erloschen oder sonst erledigt sind. Doch hat das BGB. diesen Gedanken nicht dahin verwirklicht, daß es in Ansehung des verjährten Anspruchs eine widerlegbare Vermuthung der Tilgung aufstellt. Vielmehr läßt es den Anspruch bestehen[1]) und gewährt nur eine zerstörende Einrede[2]) ausschließlich auf Grund

---

[15]) Ebenso Planck Anm. 2 zu § 207, Fischer-Henle Anm. 5 zu § 207 und § 206. Anderenfalls würde die Verjährung vollendet werden, wenn z. B. die Pflegschaft auch nur einen Tag bestanden hätte. — Dem A. steht ein Anspruch gegen B. zu, der mit dem 14. 4. 1900 verjähren würde. B. stirbt am 10. 3. 1900. In seinem am 16. 3. in Gegenwart des C. eröffneten Testament ist C. als alleiniger Erbe eingesetzt, D. zum Testamentsvollstrecker ernannt. Am 21. 3. nimmt D. das Amt an (§ 2202), am 23. 4. wird er auf Grund des § 2227 entlassen. A. konnte seinen Anspruch gegen den Testamentsvollstrecker nur in der Zeit vom 21. 3. bis 23. 4., also keine 6 Monate, geltend machen, § 207 kommt deshalb von neuem zur Anwendung. C., der keine Erklärung über Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft abgegeben hat, gilt mit dem Ablaufe des 27. 4. als Erbe, der die Erbschaft angenommen hat (§§ 1943, 1944). Die Verjährung wird mit Ablauf des 27. 10. vollendet.

[16]) Eine Sondervorschrift enthält § 2031. — Vergl. auch § 939.

[1]) Ausnahmsweise hat die Verjährung des Anspruchs das Erlöschen des Rechtes (nicht nur des Anspruchs) zur Folge in den Fällen der §§ 901, 1028 Abs. 1.

[2]) Nach § 222 Abs. 1 kann dies de lege lata nicht zweifelhaft sein. Es ist deshalb irreführend, von einem Erlöschen des Anspruchs zu sprechen (Endemann I § 7 II, § 90 III,

des passiven Verhaltens des Berechtigten und ohne Rücksicht darauf, ob der Anspruch wirklich erloschen ist oder nicht und ob etwa der Verpflichtete das Fortbestehen des Anspruchs kennt und sich der Erfüllung entziehen will.

2. Daraus, daß der Anspruch nicht erlischt, daß ihm vielmehr nur eine Einrede entgegensteht, ergiebt sich, daß die Verjährung im Prozesse nicht von Amtswegen zu berücksichtigen ist[3]), und daß der Anspruch seine volle Kraft wieder erhält, wenn der Verpflichtete auf die Einrede der Verjährung verzichtet[4]). Eine Form ist für diesen Verzicht nicht vorgeschrieben. Er kann insbesondere auch in einem formlosen, dem Berechtigten gegenüber erklärten Anerkenntniß enthalten sein[5]). Auch in der Bestellung eines Pfandes oder einer Bürgschaft durch den Verpflichteten kann unter Umständen ein Verzicht auf die Einrede liegen[6]) (vergl. aber §§ 768 Abs. 2, 1137 Abs. 2, 1211 Abs. 2).

3. Während das BGB. den Anspruch, dem eine zerstörende Einrede entgegensteht, vielfach dem erloschenen Anspruche gleichstellt (vergl. §§ 813 Abs. 1 S. 1, 886, 1169, 1254), zieht es in Ansehung des verjährten Anspruchs aus dessen Fortbestehen wichtige Konsequenzen.

a) Nach § 814 kann das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit aus einem verjährten Anspruche Geleistete nicht zurückgefordert werden, wenn die Leistung in Kenntniß der Verjährung bewirkt ist. Die Rückforderung ist aber, abweichend von der Vorschrift des § 813 Abs. 1 S. 1, auch dann ausgeschlossen, wenn die Leistung in Unkenntniß der Verjährung bewirkt ist (§§ 222 Abs. 2 S. 1, 813 Abs. 1 S. 2). Gleichgültig ist, ob die geschuldete Leistung oder eine andere an Erfüllungsstatt bewirkt ist (§§ 362, 364; § 222 Abs. 2: „Das zur Befriedigung eines verjährten Anspruchs Geleistete"). Auch das abstrakte Schuldversprechen (§ 780) und das abstrakte Schuldanerkenntniß (§ 781) stehen rechtlich der Leistung gleich, sodaß ihre Rückforderung, auch wenn sie in Unkenntniß der Verjährung erfolgt sind, nach § 222 Abs. 2 S. 1 ausgeschlossen ist. Das Gleiche gilt aber auch von jedem anderen (konkreten) Anerkennungsvertrage[7]) sowie von einer Sicherheitsleistung des Verpflichteten (§ 222 Abs. 2 S. 2).

---

anders § 93 Anm. 2 und Anm. 6). Die Ansicht von Hölder (Vorbemerkung VII vor § 194, Anm. 1 zu § 222), daß die Verjährung ein Anfechtungsrecht begründe, bei dessen Ausübung der Anspruch zu einem mit der Vollendung der Verjährung erloschenen werde, ist gekünstelt und hat im Gesetze keinerlei Begründung.

[3]) Theilweise abweichend Hölder Anm. 1 a zu § 222.

[4]) Siehe oben S. 248.

[5]) Die entgegengesetzte Ansicht der Prot. I S. 235 erscheint nicht begründet. Sie folgt namentlich nicht aus der Vorschrift des § 222 Abs. 2 S. 2 (siehe Anm. 7). Es ist nach den Umständen des einzelnen Falles zu entscheiden, ob das formlose Anerkenntniß einen Verzicht auf die Einrede enthält.

[6]) Dies kann aber naturgemäß nur dann der Fall sein, wenn der Verpflichtete bei Abgabe des Anerkenntnisses, der Bestellung des Pfandes oder des Bürgen die Vollendung der Verjährung gekannt hat.

[7]) Daß dies der Sinn des § 222 Abs. 2 S. 2 ist, ist trotz Prot. I S. 235 anzunehmen, zumal das abstrakte Anerkenntniß vom BGB. stets als „Schuldanerkenntniß" bezeichnet wird (vergl. §§ 780—782, 518 Abs. 1, 656 Abs. 2, 762 Abs. 2. 2301 Abs. 1). Der rechtspolitische Gesichtspunkt, auf dem die Vorschrift des § 222 Abs. 2 S. 2 beruht, daß nämlich die Verjährung, welche die endgültige Herstellung des Rechtsfriedens unter den Parteien bezweckt, nicht dazu benutzt werden dürfe, den Rechtsfrieden durch Wiedereröffnung des Streites über das durch das Anerkenntniß außer Streit gesetzte Rechtsverhältniß von neuem in Frage zu stellen (Prot. I S. 235), trifft auch für den konkreten Anerkennungsvertrag zu. Die Wirkung der Verjährung wird also durch jeden Anerkennungsvertrag auf-

§ 223. b. Wenn ein Anspruch, für den eine Hypothek oder ein Pfandrecht besteht, verjährt ist[8]), so kann, abweichend von den Vorschriften der §§ 1169, 1254, ein Verzicht auf die Hypothek oder die Rückgabe des Pfandes nicht verlangt werden[9]). Vielmehr ist der Berechtigte trotz der Verjährung befugt, seine Befriedigung aus dem verhafteten Gegenstande zu suchen (§ 223 Abs. 1). Ebensowenig kann auf Grund der Verjährung eines Anspruchs die Rückübertragung des zur Sicherung des Anspruchs übertragenen Rechtes (z. B. Eigenthums, Forderung)[10]) gefordert werden (§ 223 Abs. 2). Bei der Verjährung von Ansprüchen auf Rückstände von Zinsen und anderen wiederkehrenden Leistungen finden diese Vorschriften keine Anwendung (§ 223 Abs. 3)[11])[12]).

§ 390. 4. Ein verjährter Anspruch kann nicht aufgerechnet werden (§ 390 S. 1). Jedoch schließt die Verjährung die Aufrechnung nicht aus, wenn die verjährte Forderung zu der Zeit, zu der sie gegen die andere Forderung aufgerechnet werden konnte, noch nicht verjährt war (§ 390 S. 2)[13]).

5. In Ansehung der Personen, denen gegenüber die Wirkung der Verjährung eintritt, gilt das bei der Hemmung Gesagte[14]). Wenn aus einem Rechte mehrere Ansprüche entstehen, so werden durch die Verjährung des einen die anderen nicht berührt[15]).

II. Die Beweislast für die Verjährung eines Anspruchs trifft denjenigen, welcher sich auf die Verjährung beruft. Der Beweis ist geführt, wenn der Beginn der Verjährung (§§ 198—201) feststeht und seit dem Beginne die Verjährungsfrist abgelaufen ist. Daß die Verjährung gehemmt (§§ 202—204) oder unterbrochen (§§ 208—210) worden ist oder daß ihrer Vollendung Hinderungsgründe entgegenstanden (§§ 206, 207), hat der zu beweisen, welcher dies behauptet. Die Beweispflicht erstreckt sich auf die Umstände, welche die Hemmung, Unterbrechung oder Hinderung der Vollendung bewirkten, den Zeitpunkt, in dem diese Umstände eintraten, und den Zeitraum, während dessen sie andauerten oder fortwirkten. Daß die Unterbrechung durch Klagerhebung, Geltendmachung der Aufrechnung oder Streitverkündung vor der rechtskräftigen Entscheidung oder anderweiten Erledigung des Prozesses dadurch beendigt worden

---

gehoben, auch wenn aus einem solchen ein neuer Rechtsgrund nicht entsteht. Insbesondere ist Schriftlichkeit (§ 781) für das Anerkenntniß des § 222 Abs. 2 S. 2 nicht erforderlich. Ebenso Rehbein Anm. VI, 2 zu §§ 194 ff., S. 333. A. M. Fischer-Henle Anm. 3 zu §§ 222, Endemann I § 94 II, 2, Crome § 117 Anm. 10, Hölder Anm. 3 zu § 222, Gareis Anm. 3 zu § 222.

[8]) Grundschuld und Rentenschuld kommen nicht in Betracht, weil sie von einer persönlichen Forderung unabhängig sind. Vergl. Planck Anm. 1 zu § 223, Fischer-Henle Anm. 1 zu § 223.

[9]) Dagegen kann nach § 886 Beseitigung der zur Sicherung des verjährten Anspruchs eingetragenen Vormerkung verlangt werden.

[10]) Fiduziarische Geschäfte, siehe oben S. 148 unter 7.

[11]) § 223 Abs. 3 bezieht sich auf Abs. 1 und 2, ferner auf wiederkehrende Leistungen, auch wenn sie nicht regelmäßig wiederkehren (ebenso § 902 Abs. 1 S. 2, anders § 197), sowie auch auf die Fälle, in denen es sich ausschließlich um Sicherung von Zinsen und anderen wiederkehrenden Leistungen handelt.

[12]) A. kauft von B. am 15. 1. 1900 Waaren für den Preis von 1000 M., der am 1. 7. 1900 gezahlt und mit 4% verzinst werden soll. Zur Sicherung der Forderung bestellt A. dem B. ein Pfand. Nachdem der Anspruch auf Kapital und Zinsen mit Ablauf des 31. 12. 1902 verjährt ist (§§ 196 Abs. 1 Nr. 1, 201, 197, 224), kann sich B. wegen der 1000 M., nicht aber wegen der rückständigen Zinsen aus dem Pfande befriedigen. B. ist verpflichtet, gegen Zahlung von 1000 M. das Pfand zurückzugeben (§ 1223 Abs. 2).

[13]) Ueber die Wirkung der Verjährung siehe auch oben S. 230 ff. und über § 224 S. 240.

[14]) Siehe oben S. 253 unter 3.

[15]) Siehe auch oben S. 239 Anm. 7.

ist, daß der Prozeß in Stillstand gerieth (§§ 211 Abs. 2, 215 Abs. 1), hat der Verpflichtete zu beweisen. Ebenso trifft ihn die Beweislast für die Umstände, auf Grund deren die Unterbrechung nach Maßgabe der §§ 212 Abs. 1, 213, 214 Abs. 2, 216 als nicht erfolgt gilt. Dagegen hat im Falle des § 215 Abs. 2 der Berechtigte zu beweisen, daß er rechtzeitig nach Beendigung des Prozesses Klage erhoben hat [16]. Ebenso trifft ihn im Falle des § 212 Abs. 2 die Beweislast dafür, daß er binnen sechs Monaten von neuem Klage erhoben hat [17].

Neunter Titel.

Ausübung der Rechte. Selbstvertheidigung. Selbsthülfe.

§ 67. Ausübung der Rechte.

§ 226.

1. Das BGB. enthält über die Ausübung der Rechte nur eine allgemeine Vorschrift: Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem Anderen Schaden zuzufügen (§ 226) [1] [2]. Diese mit großer Vorsicht zu handhabende Bestimmung [3] bezweckt nicht, das subjektive Gefühl des Richters oder seine subjektive Ansicht über soziale Fragen an die Stelle fester Rechtsnormen zu setzen. Ihr Zweck ist vielmehr nur, die

---

[16]) § 215 Abs. 2: „Die Unterbrechung gilt als nicht erfolgt, wenn nicht . . . .“ Vergl. Planck Anm. 2 zu 215.

[17]) A. steht gegen B. ein Wechselregreßanspruch zu, dessen Verjährung am 5. 5. 1900 begonnen hat (WO. Art. 78 Abs. 1 No. 1, Abs. 2). Im Juni erhebt B. gegen A. Klage auf Rückzahlung eines Darlehens. Im Termin am 10. 7. bestreitet A. den Empfang des Darlehens und macht eventuell Aufrechnung gegen seinen Regreßanspruch geltend. B. wird mit seiner Klage abgewiesen, weil sein Darlehensanspruch nicht besteht; das Urtheil wird am 30. 8. rechtskräftig. Am 15. 11. erhebt A. gegen B. Klage im Wechselprozesse, die jedoch im Termin am 25. 11. als in der gewählten Prozeßart unstatthaft abgewiesen wird. Das Urtheil, das am 10. 12. 1900 ausgefertigt, aber erst am 20. 2. 1901 zugestellt wird, wird mit Ablauf des 20. 3. 1901 rechtskräftig. Am 17. 6. erhebt A. von neuem aus dem Wechsel Klage im ordentlichen Verfahren. B. wendet Verjährung ein. Zur Begründung des Einwandes braucht er sich nur auf den Protest vom 5. 5. 1900 zu berufen. Dann hat A. zu beweisen, daß er in dem Prozesse des B. wider ihn im Termin am 10. 7. 1900 die Aufrechnung des Wechselregreßanspruchs geltend gemacht hat (§ 209 Abs. 2 No. 3), daß die in diesem Prozeß ergangene Entscheidung am 30. 8. rechtskräftig geworden sei (§ 215 Abs. 1), daß er 15. 11. Klage auf Zahlung erhoben hat (§ 215 Abs. 2), daß das hierauf ergangene Urtheil am 20. 3. 1901 rechtskräftig geworden ist (§ 211 Abs. 1) und daß er nunmehr am 17. 6. von neuem Klage erhoben hat (§ 209 Abs. 1). Daß die Klage des A. als im Wechselprozeß unstatthaft abgewiesen ist und deshalb die Unterbrechung der Verjährung durch die am 15. 11. zugestellte Klage als nicht erfolgt gilt (§ 212 Abs. 1), hätte B. zu beweisen. Es kommt aber hierauf nicht an, weil A. schon den Beweis geführt hat, daß er rechtzeitig von neuem Klage erhoben hat (§ 212 Abs. 2). B. macht noch geltend und hat zu beweisen, daß die durch die Klagerhebung im Wechselprozeß erfolgte Unterbrechung bereits mit dem Erlasse des Urtheils am 25. 11. geendigt hat, weil der Prozeß durch die Verzögerung der Zustellung des Urtheils in Stillstand gerathen ist (§ 211 Abs. 2 S. 1). Dann trifft A. die Beweislast dafür, daß die Verjährung durch Zustellung des Urtheils am 20. 2. 1901 von neuem unterbrochen worden ist (§ 211 Abs. 2 S. 2).

[1]) Vgl. KB. zu § 220a entgegen den M. I S. 274—275 und Prot. I S. 238 ff. — ALR. I, 6 § 37, I, 8 §§ 27, 28.

[2]) Zu vergleichen ist ferner § 826.

[3]) Vgl. hierzu die Ausführungen von Planck zu § 226 Bd. I S. 279, Endemann I § 85, insbesondere unter II, 4, Crome § 121 unter I, 1, Gareis Anm. 2 zu § 226.

rein chikanöse Ausübung eines Rechtes in engbegrenzten Fällen, unter genau bestimmten Voraussetzungen auszuschließen.

Diese Voraussetzungen sind:

a) Der Nachweis, daß die Ausübung des Rechtes dem Anderen Schaden zufügen würde.

b) Der Nachweis, daß ein anderer Zweck der Rechtsausübung als der, dem Anderen Schaden[4]) zuzufügen, undenkbar ist. Daß der Berechtigte thatsächlich nur aus Chikane handelt, genügt nicht; vielmehr muß ein anderer Zweck gänzlich ausgeschlossen sein[5]) [6]).

Wenn man an diesen Voraussetzungen festhält, so wird dadurch vermieden werden, daß der § 226 mehr der Chikane des Verpflichteten dient, als der Chikane des Berechtigten entgegentritt. Andererseits muß aber diese Vorschrift beim Vorliegen jener Voraussetzungen zur Anwendung gelangen; sie darf nicht durch allzu große Aengstlichkeit in ihrer Anwendung unwirksam gemacht werden.

Ist die Ausübung eines Rechtes nach § 226 unzulässig, so steht dem Anderen ein Einwand gegen die Ausübung zu. Die erfolgte Ausübung ist widerrechtlich und verpflichtet, wenn die sonstigen Voraussetzungen der §§ 823 ff. vorliegen, zum Schadensersatze.

2. Im übrigen bestimmen sich Art und Maß der Rechtsausübung nach dem Inhalte der Rechte. Der Satz, daß sich nicht schadensersatzpflichtig macht, wer sich seines Rechtes bedient, gilt mit den sich aus den §§ 226, 826 ergebenden Einschränkungen.

Beschränkungen der freien Rechtsausübung finden sich namentlich im Nachbarrechte (§§ 906 ff. EG. Art. 124)[7]).

§ 68. Selbstvertheidigung[1]). Nothwehr und Nothstand.

Jede Handlung, durch die ein fremder Rechtskreis verletzt wird, ist wider-

---

[4]) Es braucht sich nicht um einen Vermögensschaden zu handeln, auch ein immaterieller Nachtheil genügt für die Anwendung des § 226. Hachenburg S. 71, Hölder Anm. 4 zu § 226.

[5]) Vergl. RG. von 7. 7. 1900 und vom 24. 10. 1900, Sonderabdruck der JW. S. 24 und S. 46. Auch wenn der andere Zweck ein nicht zu billigender ist, kann § 226 nicht Anwendung finden, z. B. in dem von Dernburg (III § 78 I) angeführten Falle, wenn sich mit der Absicht, einen Anderen zu schädigen, eigennützige Zwecke unsittlicher Art verbinden, insbesondere die unlautere Absicht, fremde Sachen zu Spottpreisen an sich zu bringen oder durch unlautere Konkurrenz einen Anderen zu schädigen. Abgesehen davon, daß es sich hier meist garnicht um Ausübung eines Rechtes handeln wird, ist der Zweck des Handelnden nicht die Schädigung des Anderen, sondern die Erlangung eigenen Vortheils. Zur Erreichung dieses Zweckes will er allerdings auch den Schaden des Anderen. Regelmäßig wird ein Schadensersatzanspruch nach § 826 gegeben sein.

[6]) Nach dem im Texte Ausgeführten ist die Eideszuschiebung, daß das Recht nur ausgeübt werde, um dem Anderen Schaden zuzufügen, unerheblich. Die Eideszuschiebung darüber, daß die Ausübung des Rechtes nur den Zweck haben könne, dem Anderen Schaden zuzufügen, ist nach § 445 CPO. unzulässig. Planck zu § 226 I S. 279. Das Gericht hat nach den Umständen des Falles nach freiem Ermessen zu entscheiden. Vgl. Hachenburg S. 70.

[7]) Vgl. ferner über die zahlreichen Einzelbestimmungen Jacubezky: „zur Frage des allgemeinen Chikaneverbots", in Gruchot Bd. 40 S. 591—596.

[1]) In dem Worte „Selbstvertheidigung" in der Ueberschrift des sechsten Abschnitts des ersten Buches des BGB. ist das „Selbst" nicht objektiv, sondern subjektiv gebraucht. Es handelt sich nicht um die Vertheidigung der eigenen Person oder Sache, sondern darum, daß man die Vertheidigung gegen einen Angriff oder eine durch eine fremde Sache drohende Gefahr selbst führt an Stelle der zunächst dazu berufenen Staatsgewalt. Vergl. Leonhard § 60 unter II.

rechtlich, falls nicht dem Handelnden ein Recht zu der Verletzung zustand.[2]) Unter gewissen Voraussetzungen gelten jedoch Handlungen, auch wenn sie an sich widerrechtlich wären, als nicht widerrechtlich, und zwar sind dies diejenigen Handlungen, welche nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften zum Zwecke der Selbstvertheidigung oder der Selbsthülfe (§§ 227—229) vorgenommen werden.

Handlungen der Selbstvertheidigung sind unter den Voraussetzungen der §§ 227, 228 nicht widerrechtlich, wenn sie durch Nothwehr oder Nothstand geboten sind.[3])

I. Nothwehr ist diejenige Vertheidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem Anderen abzuwenden (§ 227 Abs. 2, wörtlich übereinstimmend mit StrGB. § 53 Abs. 2). **§ 227.**

1. Voraussetzung für die Nothwehr ist hiernach ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff auf den Handelnden oder einen Anderen. Ein Angriff kann nur in einem positiven Handeln, nicht in einem Unterlassen bestehen. Er ist gegenwärtig von dem Augenblick an, in dem das gefährdende Handeln beginnt und zwar in einer räumlich den Rechtskreis des Anderen unmittelbar bedrohenden Weise, bis zu dem Zeitpunkt, in dem die Verletzung des gefährdeten Rechtsguts nicht mehr abzuwenden ist. Er ist rechtswidrig[4]), falls dem Angreifer nicht ein Recht zum Angriffe zusteht. Danach ist gegen den in berechtigter Nothwehr erfolgten, also rechtmäßigen, Angriff eine Gegennothwehr unzulässig (vergl. auch z. B. § 859 Abs. 2, 3). Aus dem Erfordernisse der Rechtswidrigkeit folgt, daß der Angriff von einem Menschen ausgehen muß; Rechtswidrigkeit und Rechtmäßigkeit haben ausschließlich Beziehung auf Rechtssubjekte. Eine Nothwehr gegen Thiere giebt es also nicht.[5]) Nicht erforderlich ist, daß der Angriff auf Seiten des Angreifers ein verschuldeter, auf Seiten des Angegriffenen ein unverschuldeter ist. Auch gegen Geisteskranke und Kinder,[6]) sowie gegen einen

---

[2]) Das Nähere über den Begriff der Widerrechtlichkeit muß dem Titel über die unerlaubten Handlungen vorbehalten bleiben. Jedoch ist schon hier darauf hinzuweisen, daß Widerrechtlichkeit und Verschulden auseinander zu halten sind und daß es verwirrend ist, von objektiver und subjektiver Widerrechtlichkeit (oder Rechtswidrigkeit) zu sprechen. Widerrechtlichkeit ist etwas Objektives; sie liegt vor, wenn dem Handelnden kein Recht zu der verletzenden Handlung zusteht, ohne Rücksicht darauf, ob der Handelnde dies wußte oder wissen mußte. Ist letzteres der Fall, so liegt gleichzeitig ein Verschulden, also eine verschuldete Widerrechtlichkeit, vor. Siehe auch Anm. 6.

[3]) Vergl. hierzu und zum Folgenden Titze, Die Nothstandsrechte im Deutschen BGB. und ihre geschichtliche Entwickelung (Leipzig 1897), und Schollmeyer, Das Recht der Nothwehr nach dem BGB. (1899).

[4]) Das im § 227 Abs. 2 im Anschluß an § 53 StrGB. gebrauchte „rechtswidrig" ist gleichbedeutend mit dem „widerrechtlich" des Abs. 1 § 227.

[5]) Siehe im Texte unter II, 1 S. 280. Uebereinstimmend Titze a. a. O. S. 17 Anm. 53, S. 82 Nr. 1, Planck Anm. 1c zu § 227, Endemann I § 87 Anm. 2, v. Liszt, die Deliktsobligationen im System des BGB. (Berlin 1898) S. 87, Hölder Anm. 1 zu § 227, Crome § 122 Anm. 7, Leonhard § 60 S. 210 Anm. 3, Gareis Anm. 7 zu § 227, vergl. auch D. S. 58, A. M. Cosack I § 78 Anm. 4, Fischer-Henle Anm. 5 zu § 227, Kuhlenbeck Anm. 2 zu § 227.

[6]) Ebenso alle in Anm. 5 Angeführten und Neumann Anm. 2, c zu § 227, RG. in Strafsachen Bd. 27 S. 45; a. M. Olshausen Kommentar zu § 53 StrGB. Anm. 6. Die Begründung des Reichsgerichtsurtheils erscheint jedoch unzutreffend. Danach soll der Angriff eines Geisteskranken, dem ein Recht zum Angriffe nicht zusteht, in Ansehung des Angreifers rechtmäßig und nur in Ansehung des Angegriffenen rechtswidrig sein. Dies beruht auf einer Verkennung des Begriffs der Widerrechtlichkeit (vergl. Anm. 2). Ob ein Angriff auf den Rechtskreis eines Anderen widerrechtlich ist, kann nur aus der Person des Angreifers beurtheilt werden. Die Beantwortung der Frage, ob diesem ein Recht zum Angriffe zusteht, ist grundsätzlich von seiner Zurechnungsfähigkeit unabhängig. Wenn ein Geisteskranker seinem Wärter Geld entwenden will, so liegt ein rechtswidriger Angriff

vom Angegriffenen provozierten rechtswidrigen Angriff ist Nothwehr zulässig. — Gleichgültig ist, gegen welche Person und gegen welches Rechtsgut der Angriff gerichtet ist.

Auch zur Abwendung des Angriffs auf einen Anderen, unter Umständen selbst gegen dessen Willen,[7]) kann Nothwehr geübt werden (Nothhülfe). Geschützt durch das Nothwehrrecht ist der gesammte Rechtskreis des Angegriffenen ohne jede Ausnahme: Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit, Ehre, jedes Recht, der Besitz,[8]) das Vermögen.

2. Unter den Voraussetzungen zu 1 ist diejenige Vertheidigung zulässig, welche erforderlich ist, um den Angriff abzuwenden. (§ 227 Abs. 2.)

Nur die Vertheidigung gegen den Angreifer ist dem Abwehrenden gestattet. Er darf weder dazu übergehen, Vergeltung für die bereits erfolgte Verletzung zu üben, noch darf seine Vertheidigung in den Rechtskreis eines Dritten eingreifen.[9]) Im übrigen ist er an sich in der Wahl der Vertheidigungsmittel nicht beschränkt[10]). Nur muß das gewählte Mittel zur Abwendung des Angriffs geeignet und erforderlich sein. Gegen das widerrechtliche Eindringen in seine Wohnung kann man sich nicht dadurch vertheidigen, daß man eine in der Wohnung befindliche Sache des Angreifers zerstört. Und wenn man das Eindringen durch Verschließen der Thür abwehren kann, so darf man nicht den Eindringenden niederschießen[11]). Dagegen ist es nicht erforderlich, daß das durch die Vertheidigung verletzte Rechtsgut in einem bestimmten Werthverhältnisse zu dem durch den Angriff bedrohten Rechtsgute steht (anders §§ 228, 904). Wenn ein Angriff auf die Ehre oder das Eigenthum nicht anders abgewendet werden kann, so ist selbst die Tödtung des Angreifers zulässig. Doch wird auf eine

---

auf das Vermögen des Wärters vor, da dem Geisteskranken ein Recht zu der Entwendung nicht zusteht. Der Wärter ist also unter den sonstigen Voraussetzungen des § 227 zur Nothwehr berechtigt. Entwendet der Wärter dem Geisteskranken Geld und der Letztere versucht sofort, ihm das Geld mit Gewalt wieder abzunehmen, so liegt ein rechtmäßiger Angriff des Geisteskranken vor (§§ 858, 859 Abs. 2), gegen den eine Nothwehr unzulässig ist.

[7]) Es kommt darauf an, ob durch das Verbot des Gefährdeten der Angriff nach Lage des Falles ein rechtmäßiger wird. A., im Begriff, ein dem B. gehöriges Brod zu entwenden, wird von C. zum Zwecke der Abwendung dieses Angriffs auf das Vermögen des B. mit dem Messer bedroht. Wenn der hinzukommende B. dem C. jedes Vorgehen gegen A. untersagt, so wird man annehmen müssen, daß er mit der Wegnahme des Brodes einverstanden ist. Der Angriff des A. ist dann nicht mehr widerrechtlich, eine Nothwehr unzulässig. — D. will auf Bitten des E. dessen rechte Hand verstümmeln, um ihn zur Erfüllung der Wehrpflicht untauglich zu machen. F. ist zur Nothwehr gegen diesen Angriff auf den Körper und die Gesundheit des E. selbst gegen dessen ausdrückliches Verbot berechtigt, weil der Angriff auch durch die Einwilligung des E. nicht zu einem rechtmäßigen wird. (StrGB. § 142).

[8]) In Bezug auf den Besitz ist die Nothwehr besonders geregelt in den §§ 858—860, 865, 866, 1029, 1090 Abs. 2.

[9]) Das Nothwehrrecht beruht auf der Rechtswidrigkeit des Angriffs auf einen fremden Rechtskreis. Es kann deshalb nur dem gegenüber gegeben sein, der rechtswidrig handelt, d. h. dem Angreifer gegenüber. In Ansehung eines Dritten kann jedoch Nothstand vorliegen (§ 904). Vergl. hierzu Planck Anm. 2 zu § 227, Endemann I § 87 Anm. 4, Titze a. a. O. S. 89 Anm. 43, S. 90 Anm. 44.

[10]) Die Vertheidigung kann unter Umständen auch in einem Angriffe bestehen.

[11]) Ein unehrenhaftes Zurückweichen vor dem Angriffe kann dem Angegriffenen nicht zugemuthet werden. Der Umstand, daß der Angegriffene obrigkeitliche Hülfe zur Abwehr des Angriffs erlangen könnte, schließt das Recht zur Nothwehr nicht aus. Cosack 1 § 78 unter I, 1, d, Titze a. a. O. S. 85—86.

allzurücksichtslose Ausübung des Nothwehrrechts die Vorschrift des § 826 anzuwenden sein [12]).

3. **Die innerhalb der zu 2 gezogenen Grenze** (unter den Voraussetzungen zu 1) **vorgenommene Handlung ist nicht widerrechtlich** (§ 227 Abs. 1) [13]).

Hieraus folgt, daß sie nicht zum Schadensersatze verpflichtet und daß sie nicht strafbar ist [14]). Gegenüber der Klage auf Schadensersatz aus einer an sich widerrechtlichen Handlung trifft den Beklagten die Beweislast dafür, daß er in berechtigter Nothwehr gehandelt hat [15]).

Liegt eine der Voraussetzungen zu 1 nicht vor oder geht die Vertheidigung über die ihr gesteckten Grenzen hinaus, so tritt der Ausschluß der Widerrechtlichkeit nicht ein. Die an sich widerrechtliche Handlung bleibt danach bei Ueberschreitung der Nothwehr auch dann widerrechtlich, wenn der Thäter in Bestürzung, Furcht oder Schrecken über die Grenzen der Vertheidigung hinausgegangen ist (anders StrGB. § 53 Abs. 3). Sie verpflichtet also zum Schadensersatze, falls ein Verschulden des Thäters vorliegt [16]).

4. **Eine Pflicht zur Ausübung des Nothwehrrechts besteht nicht.** Doch kann dem Anspruch auf Ersatz des durch den widerrechtlichen Angriff verursachten Schadens unter Umständen die Vorschrift des § 254 entgegenstehen, wenn der Schaden ganz oder theilweise durch Ausübung des Nothwehrrechts abgewendet werden konnte und der Angegriffene die Abwendung schuldhaft unterlassen hat. (§ 254 Abs. 2). [17])

II. Ueber die durch einen **Nothstand** gebotenen Handlungen enthält das BGB. keine **allgemeine** Bestimmung. [18]) Eine an sich widerrechtliche Handlung bleibt widerrechtlich, auch wenn sie im Nothstande vorgenommen ist [19]), soweit nicht das Gesetz etwas Anderes vorschreibt. Solche Vorschriften enthalten die

---

[12]) Wenn ein Millionär Jemanden, der ihm einige Stücke Holz oder einige Kartoffeln entwenden will, vorsätzlich schwer verwundet, so handelt er ohne Zweifel gegen die guten Sitten, die ihm verbieten, zur Abwendung eines für ihn gänzlich unbedeutenden Verlustes sein Nothwehrrecht in der angegebenen Weise auszuüben. — Von Anwendung des § 226 (So Titze a. a. O. S. 86 Anm. 35, S. 89 Anm. 42) kann hier keine Rede sein, da die Ausübung des Nothwehrrechts die Abwendung des Angriffs bezweckt (vergl. oben § 67 S. 276 unter b).

[13]) Es liegt kein Grund vor, die Anwendung dieses Rechtssatzes auf widerrechtliche Handlungen auszuschließen, die von Beamten bei Ausübung ihres Amtes vorgenommen werden. Die Ansicht des Reichsgerichts (RG. in Strafsachen Bd. 22 S. 300, Bd. 25 S. 152), daß von einer Nothwehr gegenüber Anordnungen der Obrigkeit keine Rede sein könne, erscheint daher in ihrer Allgemeinheit unzutreffend, vergl. hierzu Binding, Handbuch des Strafrechts I S. 742, Titze a. a. O. S. 84 ff., Rehbein Anm. II, 1 zu §§ 226 ff. S. 339.

[14]) Vergl. BGB. §§ 823—826, 827 S. 2, 831, 832, 836, 839, StrGB. § 53.

[15]) Eine Einrede im Sinne des BGB. (so Endemann I § 88 unter I, 4, Titze a. a. O. S. 93) liegt nicht vor, da die Nothwehr **die Entstehung** des Schadensersatzanspruchs hindert. Es handelt sich jedoch um besondere die regelmäßige Wirkung eines Thatbestandes ausschließende Thatsachen, die der zu beweisen hat, welcher sich auf sie beruft (vergl. E. I § 194 Abs. 1).

[16]) Ebenso für das preußische Recht RG. Bd. 21 S. 295 ff.

[17]) A. wirft fahrlässiger Weise ein brennendes Streichholz in die mit Stroh gefüllte Scheune des B. B. bemerkt dies. Er wäre im Stande, ohne jede Gefahr für sich den bereits entstandenen aber noch unbedeutenden Brand zu löschen, indem er die Flamme mit dem von A. bei der Arbeit abgelegten Rocke, wenn auch unter dessen Beschädigung, schnell erstickt. Er unterläßt dies aber, weil er beim Abbrennen der ganzen Scheune eine erhebliche Summe als Schadensersatz zu erhalten hofft. Dann steht seinem Anspruche § 254 entgegen, soweit er den Schaden durch Ausübung des Nothwehrrechts hätte abwenden können.

[18]) Vergl. Prot. I S. 247 ff.

[19]) Vergl. E. II § 746 Abs. 2; anders in Ansehung der Strafbarkeit § 54 StrGB.

§§ 904 und 228. § 904 schränkt das Eigenthum für jeden Fall des Nothstandes ein, indem er jede Einwirkung auf fremdes Eigenthum im Nothstande für rechtmäßig erklärt, auch wenn sie nach § 903 an sich widerrechtlich wäre.[20]) Die Vorschrift des § 228 betrifft nur den durch eine fremde Sache hervorgerufenen Nothstand und die Verletzung der gefahrdrohenden Sache selbst.[21]) Im Einzelnen ist zu § 228 Folgendes zu bemerken:

§ 228.

1. Nothstand[22]) ist eine den Rechtskreis einer Person gefährdende Lage, welche nur durch den Eingriff in den Rechtskreis eines Dritten beseitigt werden kann, der die Nothlage nicht verursacht hat. Hat der Dritte die Nothlage verursacht, so liegt ihm gegenüber der Fall der Nothwehr, nicht des Nothstandes, vor. Danach begründet die Gefährdung durch ein auf eine Person gehetztes Thier oder eine zum Angriffe benutzte leblose Sache für den Angegriffenen das Recht der Nothwehr gegenüber dem, welcher das Thier oder die Sache als Mittel zum Angriffe benutzt hat. Gehört die gefahrdrohende Sache (Thier oder leblose Sache) dem Angreifer, so stellt ihre Verletzung einen Akt der Nothwehr dar.[23]) In allen anderen Fällen der Gefährdung durch eine Sache, die nur durch deren Verletzung beseitigt werden kann, liegt ein echter Nothstand vor, da der Eigenthümer, in dessen Rechtskreis durch die Verletzung eingegriffen wird, die Nothlage nicht verursacht hat.[24])

2. Voraussetzung für die Anwendung des § 228 ist eine durch eine fremde Sache dem Handelnden oder einem Anderen drohende Gefahr. Die Sache muß die Ursache der Gefährdung bilden, mag sie aggressiv vorgehen (z. B. ein Thier) oder mag ihr Zustand eine Gefährdung enthalten (z. B. ein Baum, der umzustürzen droht)[25]).

Die gefahrdrohende Sache kann ein Thier oder eine leblose Sache sein (vgl. unter 1). Auch die Vertheidigung der Feldfrüchte gegen Tauben und die Abwehr von Bienen richten sich nach § 228[26]).

---

[20]) Näheres über § 904 bei der Lehre von dem Inhalte des Eigenthums. Die Auslegung geräth leicht auf Abwege, wenn der § 904 aus seinem systematischen Zusammenhang (Eigenthum) herausgenommen und in Verbindung mit § 228 zur Entwickelung eines allgemeinen Nothstandsrechts verwendet wird; vergl. z. B. Titze a. a. O. S. 111, der jede Einwirkung auf fremdes Vermögen dem § 904 unterstellen will, sowie die allerdings nicht recht verständlichen Ausführungen von Endemann I § 88 unter II, 4a, nach denen es auf Grund des § 904 bei Anwendung des § 228 S. 2 auf das Verschulden allein nicht mehr ankommen soll. Siehe auch Hachenburg S. 75 ff., v. Liszt a. a. O. S. 88 ff.

[21]) Wenn A. den bissigen Hund des B. niederschießt, um einer Verletzung durch den Hund zu entgehen, so liegt der Fall des § 228 vor. Wirft er ihm ein dem C. gehöriges Stück Fleisch zu, um ihn dadurch von sich abzulenken, so findet § 904 Anwendung.

[22]) Das BGB. gebraucht das Wort Nothstand im technischen Sinne nicht (vergl. § 6 Nr. 2, 3).

[23]) Siehe S. 278 Anm. 9.

[24]) Manche leugnen das Vorliegen eines Nothstandes, indem sie unzulässiger Weise die gefahrdrohende Sache gleichsam personifizieren und von einem widerrechtlichen Angriffe durch die Sache sprechen (siehe S. 277 Anm. 5) oder doch die Verletzung der Sache der Verletzung des Angreifers gleich stellen. (M. I S. 350.) — Wenn A. seinen Hund auf B. hetzt und B. den Hund niederschießt, so hat er von seinem Nothwehrrechte Gebrauch gemacht (§ 227). Wenn der Hund des A. den B. angreift und von B. getödtet wird, so hat dieser im Nothstande gehandelt. (§ 228.) Wenn C. den Hund des A. auf B. hetzt und dieser den Hund tödtet, so stand zwar dem B. das Recht der Nothwehr gegen C. zu, gegenüber dem A. befand er sich aber im Nothstande. Die Tödtung des Hundes erfolgte also im Nothstande (§ 904).

[25]) So zutreffend Endemann I § 88 Anm. 7, Hölder Anm. 1 zu § 228, a. M. v. Liszt a. a. O. S. 91. Geht die Gefahr, zu deren Abwendung die Verletzung der Sache erforderlich ist, nicht von dieser selbst aus, so findet § 904 Anwendung.

[26]) Aufrechterhalten durch Art. 130 EG. ist der den Schutz der Aecker bezweckende § 40 Abs. 2 der Feldpolizeiordnung vom 1. November 1847. — Nach Art. 69, 3, EG.

Gefahr ist die Wahrscheinlichkeit eines schädigenden Ereignisses. Nicht erforderlich ist, daß das drohende Uebel ein bedeutendes und daß — anders als nach § 227, 904 — die Gefahr eine gegenwärtige[27]) ist. Doch kann beides von Einfluß auf die Beantwortung der Frage sein, welche Nothstandshandlung im einzelnen Falle zulässig ist (siehe unter 3).

Gleichgültig ist, welche Person und welches Rechtsgut gefährdet ist. Hier gilt das bei der Nothwehr Gesagte[28]).

3. Unter den Voraussetzungen zu 1 ist die Beschädigung oder Zerstörung der gefahrdrohenden Sache[29]) zulässig, wenn sie zur Abwendung der Gefahr erforderlich ist[30]) und wenn — anders als bei der Nothwehr — der Schaden nicht außer Verhältniß zu der Gefahr steht (§ 228 S. 1). Der durch die Verletzung der fremden Sache verursachte Schaden darf nicht unverhältnißmäßig größer sein als der Schaden, der durch die Verletzung abgewendet werden soll[31]).

4. Die innerhalb der zu 2 gezogenen Grenze (unter den Voraussetzungen zu 1) erfolgte Beschädigung oder Zerstörung der fremden Sache ist nicht widerrechtlich. Sie stellt also keinen widerrechtlichen Angriff dar, gegen den eine Nothwehr zulässig wäre. Sie verpflichtet auch grundsätzlich nicht zum Schadensersatze[32]). Die Beweislast dafür, daß die Beschädigung oder Zerstörung der fremden Sache unter den Voraussetzungen und nach Maßgabe des § 228 erfolgt ist, trifft den Handelnden (den, der die Sache beschädigt oder zerstört hat)[33]).

Der Ausschluß der Widerrechtlichkeit tritt ein ohne Rücksicht darauf, ob der Handelnde die Gefahr selbst verschuldet hat, zu deren Abwendung die Verletzung der Sache erforderlich geworden ist, sodaß die Verletzung auch beim Vorliegen eines solchen Verschuldens rechtmäßig ist[34]). Auch in diesem Falle ist also eine Nothwehr zur Abwendung der Verletzung unzulässig.

Dagegen ist der Handelnde zum Schadensersatze verpflichtet, wenn er die Gefahr verschuldet hat (§ 228 S. 2, Schadensersatzpflicht aus einer verschuldeten rechtmäßigen Handlung). Dies ist der Fall, wenn er die Gefahr

---

kann die Landesgesetzgebung die Selbstvertheidigung gegen jagdbares Wild abweichend von § 228 regeln.

[27]) A. M. Titze a. a. O. S. 104 Anm. 16. Planck Anm. 1a zu § 228. — Wenn der Hund meines Nachbarn von Tollwuth befallen wird, so darf ich den Hund in Ermangelung anderer Abwehrmittel tödten, falls die Wahrscheinlichkeit einer Gefährdung vorliegt, auch wenn die Gefahr keine unmittelbar drohende ist.

[28]) Siehe S. 278 unter 1.

[29]) Die Zulässigkeit der Einwirkung auf andere Sachen richtet sich nach § 904.

[30]) Siehe S. 278 unter 2.

[31]) Während A. sich allein im Zimmer des B. befindet, fällt die von Innen nicht zu öffnende Thür in's Schloß, so daß B. eingesperrt ist. Geschieht dies unter Umständen, nach denen anzunehmen ist, daß A. längere Zeit der Freiheit beraubt bleiben wird, so ist er berechtigt, zu seiner Befreiung die Thür zu zertrümmern. Weiß er, daß B. in wenigen Minuten die Thür öffnen wird, so ist er hierzu nicht befugt. — Wenn der Hund des C. den werthvollen Papagei des D. bedroht, so ist D. zur Tödtung des Hundes berechtigt, falls er ihn nicht anders abwehren kann. Dagegen ist E. nicht berechtigt, den kostbaren Bernhardiner des F. zu tödten, der eine ihm gehörige Wurst fressen will. — Zur Abwendung einer Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit, ist jede Beschädigung oder Zerstörung der gefahrdrohenden Sache erlaubt. Auch sonst wird die Grenze nicht zu eng zu ziehen sein, zumal die richtige Abwägung des Werthverhältnisses im Augenblicke des Nothstandes häufig schwierig sein wird.

[32]) Siehe S. 279 unter 3.

[33]) Siehe S. 279 Anm. 15.

[34]) A. M. v. Liszt a. a. O. S. 93—94.

vorsätzlich oder fahrlässig verursacht hat[35]), d. h. wenn er vorausgesehen hat oder voraussehen mußte (§ 276), daß er durch sein Verhalten in die bestimmte, später wirklich eingetretene Gefahr gerathen werde. Nur der Eintritt der Gefahr braucht voraussehbar zu sein, nicht erforderlich ist, daß der Handelnde auch voraussehen mußte, er werde sich aus der Gefahr nur durch Verletzung der fremden Sache retten können[36]).

Da die Haftung ein Verschulden voraussetzt, so ist die Anwendung des § 228 S. 2 auf Geisteskranke und Kinder ausgeschlossen[37]).

Verpflichtet zum Schadensersatz ist nur der Handelnde, der die Gefahr verschuldet hat. Hat nicht er, sondern der Bedrohte selbst die Gefahr verschuldet oder hat ein Anderer zwar die Gefahr verschuldet, der Bedrohte selbst aber die Sache beschädigt oder zerstört, so haftet keiner von beiden auf Grund des § 228 S. 2. Wohl aber können sie nach § 823 zum Schadensersatze verpflichtet sein, falls dessen Voraussetzungen vorliegen.

5. Eine Pflicht zur Ausübung des Rechtes aus § 228 besteht nicht. Auch hier gilt das bei der Nothwehr Gesagte[38]). Inwieweit der Eigenthümer der gefahrdrohenden Sache für den durch diese verursachten Schaden haftet, wenn der Bedrohte die nach § 228 zulässige Zerstörung unterlassen hat[39]), bestimmt sich nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 823 ff.[40]).

6. Ueber das Verhältniß des § 228 zum § 54 StrGB. ist folgendes zu bemerken[41]):

Die Vorschrift des § 54 StrGB. ist theils weiter, theils enger als die des § 228. Sie ist weiter, indem sie für jede Handlung unter den Voraussetzungen des § 54 die Strafbarkeit ausschließt, nicht nur für die in einem gewissen Verhältnisse zur Gefahr stehende Beschädigung oder Zerstörung der gefahrdrohenden Sache; sie ist enger, indem sie sich nur auf eine unverschuldete gegenwärtige Gefahr für Leib und Leben des Thäters oder eines Angehörigen bezieht, nicht auf die verschuldete und unverschuldete Gefährdung jedes Rechtsguts jeder beliebigen Person. Soweit die Vorschrift

---

[35]) Welche andere Bedeutung das Verschulden der Gefahr haben könnte (Endemann I § 88 unter II, 4a), ist nicht abzusehen.

[36]) Ebenso Planck Anm. 4 zu § 228, Titze a. a. O. S. 114, a. M. Endemann I § 88 Anm. 9. Durch die Vorschrift des § 228 S. 2 ist für den Fall des S. 1 in Ansehung der Schadensersatzpflicht die schuldhafte Verursachung der Gefahr der schuldhaften Verletzung eines nach §§ 823 ff. geschützten Rechtsguts gleichgestellt. Sonst haftet regelmäßig nur der, welcher die Verletzung voraussehen konnte, für jeden, auch den nicht voraussehbaren Schaden. Hier haftet der, welcher die Gefahr voraussehen konnte, für die auch nicht voraussehbare Verletzung der fremden Sache und den durch diese verursachten Schaden. — A. reizt, am Hauseingange stehend, den bissigen Hund des B. in der gerechtfertigten Annahme, er werde sich, wenn der Hund ihn anpacken wolle, der Gefahr durch Zuschlagen der Hausthür entziehen. Da jedoch, als der Hund auf ihn losstürzen will, ein Dritter die Thür festhält, sieht sich A. genöthigt, zu seiner Rettung den Hund niederzuschießen. Hier mußte A. zwar die Gefahr voraussehen, nicht aber, daß er zu deren Abwendung den Hund werde tödten müssen. Er ist trotzdem dem B. zum Schadensersatze verpflichtet.

[37]) Vergl. §§ 827, 828, 276, Abs. 1 S. 3. Die singuläre Vorschrift des § 829, die ausdrücklich nur für die Fälle der §§ 823 bis 826 gegeben ist, kann auf den Fall des § 228 S. 2 nicht ausgedehnt werden. A. M. Titze a. a. O. S. 115.

[38]) Siehe S. 279 unter 4.

[39]) Prot. I S. 252—253.

[40]) Vergl. insbesondere §§ 834, 836 ff., Planck Anm. 5 zu § 228, Titze a. a. O. S. 116 Anm. 50.

[41]) Vergl. hierzu auch v. Liszt a. a. O. S. 88 ff., der theilweise von den hier vertretenen Ansichten abweicht.

des § 54 StrGB. eine weiter gehende ist, bleibt die durch § 228 (oder § 904) nicht gedeckte Handlung zivilrechtlich widerrechtlich. Wer im Nothstande des § 54 StrGB. einen Anderen körperlich verletzt, bleibt zwar straflos, er ist aber zum Schadensersatze verpflichtet, falls die Verletzung auf einem Verschulden beruht. Soweit die Vorschrift des § 54 enger ist, hat § 228 eine Ausdehnung der Straflosigkeit zur Folge, da eine zivilrechtlich rechtmäßige Handlung niemals strafbar sein kann.[42]) Wenn Jemand im Nothstande des § 228 eine fremde Sache beschädigt oder zerstört, so ist eine strafbare Handlung nicht vorhanden, auch wenn die Voraussetzungen des § 54 StrGB. nicht vorliegen. Die §§ 303—305 StrGB. finden nicht Anwendung, da die Beschädigung oder Zerstörung nicht rechtswidrig ist. Dies gilt auch dann, wenn der Thäter die Gefahr verschuldet hat, da hierdurch die Rechtmäßigkeit der Handlung nicht berührt wird.[43])

§ 69. Selbsthülfe.

Selbsthülfe ist durch das BGB. grundsätzlich nicht untersagt.[1]) An dem Charakter einer an sich erlaubten oder an sich unerlaubten Handlung wird im allgemeinen dadurch nichts geändert, daß die Handlung zum Zwecke der Selbsthülfe vorgenommen wird. Ausnahmsweise ist es gestattet, zum Zwecke der Selbsthülfe Handlungen vorzunehmen, die an sich unerlaubt sind. (§§ 229—231).

1. Voraussetzungen dieser Selbsthülfe sind (§ 229): **§ 229.**

a) Ein Anspruch irgend welcher Art (vgl. § 194).[2])

b) Die Unmöglichkeit, rechtzeitig obrigkeitliche Hülfe zu erlangen. Es darf also auch nicht so viel Zeit vorhanden sein, den Erlaß eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung herbeizuführen.

c) Die Gefahr, daß ohne sofortiges Eingreifen die Verwirklichung des Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert werde (vgl. CPO. §§ 917, 935). Die Gefahr braucht nur in Ansehung des unmittelbar geschuldeten Thuns oder Unterlassens vorzuliegen. Die Aussicht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu erlangen, schließt die Selbsthülfe nicht aus.[3])

2. Nicht jedes Mittel ist beim Vorliegen dieser Voraussetzungen zum Zwecke der Selbsthülfe zulässig. Der Berechtigte ist vielmehr nur befugt, diejenigen Handlungen vorzunehmen, welche die Obrigkeit, — hätte er sie rechtzeitig anrufen können, — als Mittel zur Durchführung seines Anspruchs hätte anwenden dürfen. Es sind deshalb nur zulässig (§ 229):

a) Wegnahme einer Sache (z. B. wenn der Anspruch auf Herausgabe der Sache geht, oder zur Sicherung einer Geldforderung[4]).

---

[42]) Endemann I § 86 III, Titze a. a. O. S. 33, S. 112, Cosack I § 78 unter I, 2, D. S. 58.

[43]) Siehe oben S. 281 unter 4.

[1]) Vergl. dagegen § 77 Einl. zum ALR.

[2]) Nicht nur der Anspruchsberechtigte selbst, sondern auch sein gesetzlicher Vertreter, Bevollmächtigter und ein Geschäftsführer ohne Auftrag sind zur Selbsthülfe befugt (vergl. § 680). Rehbein Anm. II, 3b zu §§ 226 ff. S. 343—344. A. M. in Ansehung des Geschäftsführers Crome § 122 Anm. 31.

[3]) Daß ein unwiederbringlicher Schade abzuwenden ist, ist also nicht erforderlich. Vergl. Gareis Anm. 6 zu § 229.

[4]) Letzteren Falles ist nur die Wegnahme von Sachen zulässig, die der Pfändung unterliegen. Planck Anm. 3a zu § 229, Neumann Anm. 2b zu § 230, Crome § 122 unter II, 2, Hölder Anm. 1b zu § 230, R.G. in Strafsachen Bd. 33 S. 249.

b) Zerstörung oder Beschädigung einer Sache (z. B. zur Verhinderung einer Handlung, wenn der Anspruch auf ein Unterlassen gerichtet ist).

c) Die Festnahme des Verpflichteten, jedoch nur dann, wenn er der Flucht verdächtig ist (z. B. wenn er unter Mitnahme seines Vermögens ins Ausland gehen will). Beim Verdachte der Beiseiteschaffung von Vermögensstücken im Inland ist demnach die Festnahme nicht zulässig. Da Fluchtverdacht erforderlich ist und da die Selbsthülfe nicht über das mit obrigkeitlicher Hülfe Erreichbare hinausgehen darf, so ist die Festnahme des Verpflichteten zur Erzwingung einer geschuldeten Handlung in der Regel unzulässig (vergl. CPO. § 887). Zulässig ist sie, soweit eine Handlung geschuldet wird, deren Vornahme durch den Verpflichteten erzwungen werden kann (CPO. §§ 888, 889 Abs. 2, z. B. wenn der zur Leistung eines Offenbarungseids nach § 259 BGB. Verpflichtete sich dieser Verpflichtung durch die Flucht entziehen will).[5])

d) Die Beseitigung des Widerstandes des Verpflichteten gegen eine Handlung, die er zu dulden verpflichtet ist (z. B. Anwendung von Gewalt, um die Vornahme zu ermöglichen, vergl. CPO. §§ 892, 758 Abs. 3).

§ 230 Abs. 1. In allen Fällen darf die Selbsthülfe nicht weiter gehen, als zur Abwendung der Gefahr erforderlich ist (§ 230 Abs. 1). Der Berechtigte darf z. B. nicht mehr Sachen wegnehmen, als zu seiner Sicherung nöthig sind; er darf den Verpflichteten nicht festnehmen, wenn er die Gefahr durch Wegnahme von Sachen abwenden kann.

3. Wird eine Selbsthülfehandlung der zu 2 bezeichneten Art unter den zu 1 erwähnten Voraussetzungen vorgenommen, so ist die Handlung nicht widerrechtlich, auch wenn sie an sich unerlaubt wäre (§ 229). Es ist also sowohl die zivilrechtliche Schadensersatzpflicht (§§ 823 ff.) wie die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Handelnden (z. B. §§ 303, 239 Abs. 1 StrGB.) ausgeschlossen. Lag bei Vornahme der Handlung eine der erforderlichen Voraussetzungen nicht vor, so bleibt die Handlung eine widerrechtliche. Der Handelnde ist, auch wenn ihn kein Verschulden trifft, dem andern Theile zum Schadensersatze

§ 231. verpflichtet (§ 231).[6]) Das Gleiche gilt, soweit die Selbsthülfe die Grenzen des zur Abwendung der Gefahr Erforderlichen überschreitet, weil auch insoweit die Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit der Handlung nicht vorliegen.

Dagegen folgt aus der Widerrechtlichkeit der Selbsthülfehandlung nicht unbedingt deren Strafbarkeit. Soweit diese ein vorsätzliches Handeln erfordert, wird sie durch jeden thatsächlichen und rechtlichen, entschuldbaren und unentschuldbaren Irrthum über die Voraussetzungen der berechtigten Selbsthülfe ausgeschlossen. Ist auch die fahrlässig begangene Selbsthülfehandlung mit Strafe bedroht, so schließt wenigstens ein entschuldbarer — thatsächlicher oder rechtlicher — Irrthum über die Voraussetzungen der Berechtigung die Strafbarkeit aus (StrGB. § 59).

---

[5]) Unzutreffend erscheint die Ansicht der Reichstagskommission (KB. zu §§ 223—225), daß durch die Fassung des § 229 die Zulässigkeit der Festnahme zur Erzwingung einer geschuldeten Leistung gänzlich ausgeschlossen sei.

[6]) Diese Abweichung von dem Grundsatze der §§ 823 ff., nach dem regelmäßig ein Verschulden die Voraussetzung für die Haftung aus unerlaubten Handlungen bildet, greift nicht nur Platz, wenn die Voraussetzungen zu 1 b oder c nicht vorliegen, sondern auch wenn dem Handelnden ein Anspruch nicht zustand und er sich hierüber in einem entschuldbaren Irrthume befand. Auch hier trifft § 231 zu, der auf dem Gedanken beruht, daß die Selbsthülfe unbedingt auf Gefahr des Handelnden geht (Prot. I S. 244, KB. zu § 255). Es entspricht dies dem in der CPO. angenommenen Grundsatze, daß die Vollstreckung einer Entscheidung, die möglicherweise noch der Aufhebung unterliegt, im Falle der Aufhebung ohne Rücksicht auf ein Verschulden schadensersatzpflichtig macht (CPO. §§ 302 Abs. 4, 600 Abs. 2, 717 Abs. 2, 945).

4. In Ansehung der **Wirkungen der Selbsthülfehandlungen** ist zu unterscheiden:

a) Ist eine Sache zerstört oder beschädigt oder ein Widerstand des Verpflichteten beseitigt, so ist hieran, wie dies in der Natur der Sache liegt, zunächst nichts zu ändern. Dem andern Theile steht nur das Recht zu, zulässigen Falles Schadensersatzansprüche geltend zu machen.

b) Anders bei der Wegnahme von Sachen und der Festnahme eines Verpflichteten (§ 230 Abs. 2—4).

§ 230 Abs. 2—4.

Die Wegnahme einer Sache bewirkt, mag dem Handelnden ein Anspruch auf die Sache selbst oder eine Geldforderung zustehen, niemals eine endgültige Befriedigung oder Sicherung, sondern zunächst nur eine **augenblickliche Sicherung** des Berechtigten. Will er dieser nicht wieder verlustig gehen, so muß er ohne Zögern Zwangsvollstreckung in die weggenommenen Sachen erwirken oder, sofern Zwangsvollstreckung nicht erwirkt wird, den dinglichen Arrest beantragen (§ 230 Abs. 2). Verzögert er den Arrestantrag, so hat er die Sache unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121), zurückzugeben. Die gleiche Verpflichtung trifft ihn, wenn der Arrestantrag zwar rechtzeitig gestellt, aber abgelehnt wird (§ 230 Abs. 4)[7]. Ein Zurückbehaltungsrecht steht ihm an der weggenommenen Sache nur unter den Voraussetzungen des § 273 Abs. 2 zu[8]).

Ebenso ist gegen einen festgenommenen Verpflichteten, der nicht gleich wieder in Freiheit gesetzt wird, ohne Zögern der persönliche Sicherheitsarrest zu beantragen. Zuständig für diesen Antrag ist das Amtsgericht, in dessen Bezirke die Festnahme erfolgt ist. Diesem Gericht ist auch der Verpflichtete unverzüglich vorzuführen (§ 230 Abs. 3).

Bei Verzögerung oder Ablehnung des Arrestantrags ist der Festgenommene unverzüglich frei zu lassen (§ 230 Abs. 4).

Wer bei Verzögerung oder Ablehnung des Arrestantrags nicht unverzüglich die Rückgabe der weggenommenen Sache oder die Freigabe des Festgenommenen bewirkt, handelt widerrechtlich und ist deshalb nach den allgemeinen Grundsätzen (§§ 823 ff.), also nur wenn ein Verschulden vorliegt, zum Ersatze des durch die Verzögerung der Rückgabe oder Freilassung entstehenden Schadens verpflichtet[9]).

[7]) Aus der Verpflichtung zur Rückgabe der weggenommenen Sache bei Ablehnung des Arrestes darf nicht mit Planck Anm. 3a zu § 229 gefolgert werden, daß die Wegnahme, falls nicht Zwangsvollstreckung erwirkt werden kann, nur unter den Voraussetzungen des dinglichen Arrestes zulässig ist. Dies würde eine weitere, vom § 229 ausdrücklich abgelehnte (M. I S. 354), Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit der Selbsthülfehandlung einführen und zur Folge haben, daß bei jeder Ablehnung des Arrestantrags die unbedingte Haftung des § 231 eintritt. Vielmehr bleibt, wenn die Voraussetzungen zu 1 des Textes (S. 283) vorlagen, die Wegnahme eine nicht widerrechtliche, auch wenn demnächst der Arrestantrag abgelehnt wird und die Sache zurückgegeben werden muß.

[8]) Abs. 1 dieses § kann keine Anwendung finden, weil die Verpflichtung zur Rückgabe der weggenommenen Sache und der Anspruch des Wegnehmenden niemals auf demselben rechtlichen Verhältnisse beruhen.

[9]) Die Verpflichtung zur Rückgabe oder Freilassung selbst tritt unabhängig von einem Verschulden ein, während der Schadenersatzanspruch von einem Verschulden abhängig ist. — A. erfährt in Hamburg, daß sein Schuldner B. in einer Stunde die Reise nach Amerika antreten will, um dort seinen Wohnsitz zu nehmen. Er nimmt ihm Schiffskarte, Geldtasche und Reisegepäck weg, sodaß B. die Reise nicht antreten kann. A. wird gleich darauf vom Schlage gerührt, sodaß er weder einen Arrestantrag stellen noch die Sachen zurückgeben kann. Er ist gleichwohl zur unverzüglichen Rückgabe verpflichtet und ist zu dieser im Wege der Klage oder einstweiligen Verfügung ohne weiteres zu verurtheilen. Auch ist B. unter Umständen berechtigt, seinerseits im Wege der Selbsthülfe die Sachen dem A. wieder weg-

5. Für einzelne Fälle enthält das BGB. Sonderbestimmungen über erlaubte Selbsthülfe, und zwar für den Vermiether im § 561, den Gastwirth im § 704, den Besitzer in den §§ 859, 860, 1029, den Grundeigenthümer im § 910, den Eigenthümer eines Bienenschwarms im § 962[10]).

Zehnter Titel.

Sicherheitsleistung.

§ 70.

I. Die Verpflichtung zu einer Sicherheitsleistung kann durch Gesetz[1]) oder durch Rechtsgeschäft begründet sein. Die Sicherheitsleistung kommt aber auch in zahlreichen Fällen vor, in denen eine Verpflichtung nicht besteht. Sie ist dann dazu bestimmt, andere Funktionen zu erfüllen: sie kann Voraussetzung für die Befugniß sein, eine Handlung vorzunehmen oder ein Recht auszuüben (§§ 52, 509, 1218, 1986, 2217); sie kann vom Schuldner statt der Erfüllung einer anderen Verpflichtung gewählt werden (§§ 257, 738, 775); sie kann zur Abwendung eines dem anderen Theile zustehenden Rechtes geleistet werden (§§ 273, 562); endlich kann die Erfüllung einer Verpflichtung bis zur Sicherheitsleistung verweigert werden (§§ 258, 321, 811, 867, 1005). Für alle diese Fälle giebt das Gesetz allgemeine Vorschriften über die Art der Sicherheitsleistung[2]). Der Betrag der Sicherheitsleistung muß in jedem einzelnen Falle dem Werthe des zu sichernden Rechtes entsprechen[3]).

§§ 232, 233—235.

II. Die Sicherungsmittel sind:

1. Die Hinterlegung von Geld oder Werthpapieren. Letztere sind nur dann zur Sicherheitsleistung geeignet, wenn sie auf den Inhaber lauten oder mit Blankoindossament versehene Orderpapiere sind, einen Kurswerth haben und

---

zunehmen. Dagegen haftet A. nicht auf Schadensersatz wegen der verzögerten Rückgabe, weil die Verzögerung eine unverschuldete ist.

[10]) Aufrecht erhalten sind durch Art. 89 EG. die landesgesetzlichen Vorschriften über das Privatpfändungsrecht zum Schutze der Grundstücke und der Erzeugnisse von Grundstücken. Für Preußen siehe Feldpolizeiordnung vom 1. 11. 1847 §§ 4 ff.; Feld- und Forstpolizeigesetz vom 1. 4. 1880 §§ 77 ff. Der Vorbehalt betrifft nur die Pfändung von Sachen, nicht die von Personen. Der § 231 findet auf die landesgesetzlich zulässige Privatpfändung keine Anwendung (Mat. zu Art. 89).

[1]) Fälle einer gesetzlichen Verpflichtung zur Sicherheitsleistung sind: §§ 843, 1039, 1051, 1067, 1391, 1580, 1668, 1844, 2128. Die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung ist die Verpflichtung zur Vornahme einer Handlung. Der Berechtigte klagt allgemein auf Sicherheitsleistung in einer bestimmten Höhe. Die Wahl zwischen den verschiedenen Sicherungsmitteln steht dem Verpflichteten zu. Die Vollstreckung erfolgt nach § 887 CPO. Ist hiernach der Gläubiger ermächtigt, die Sicherheitsleistung zu bewirken, so kann er zwischen den verschiedenen Sicherungsmitteln wählen, jedoch kann der Verpflichtete noch immer, solange der Gläubiger die Sicherheitsleistung nicht bewirkt hat, durch ein anderes Sicherungsmittel dem Urtheile genügen.

[2]) Sondervorschriften enthalten die §§ 843 Abs. 2, 1580 Abs. 1, 1668, 1844. — Die §§ 232—240 kommen auch nicht auf die Bestellung einer prozessualischen Sicherheit zur Anwendung. Für diese gilt die Vorschrift des § 108 CPO. Vgl. ferner §§ 67 ff. ZVG. Die §§ 232 ff. kommen ferner insoweit nicht zur Anwendung, als die Parteien abweichende Vereinbarungen getroffen haben.

[3]) So § 199 E. I (vgl. M. I S. 387); die Bestimmung ist als überflüssig weggelassen. Prot. I S. 265.

mündelsicher sind[4]); es kann mit ihnen Sicherheit nur in Höhe von drei Viertheilen des Kurswerths geleistet werden. Die Hinterlegung erfolgt nach den Bestimmungen der Landesgesetze[5]). Der Berechtigte erwirbt ein Pfandrecht an dem hinterlegten Gelde oder an den hinterlegten Werthpapieren und, wenn nach landesgesetzlicher Vorschrift das Geld oder die Werthpapiere in das Eigenthum des Fiskus oder der Anstalt, die als Hinterlegungsstelle bestimmt ist, übergehen[6]), ein Pfandrecht an der dem Hinterleger zustehenden Forderung auf Rückerstattung des Geldes oder der Werthpapiere. Das Pfandrecht entsteht kraft Gesetzes[7]). — Dem Hinterleger ist gestattet, das hinterlegte Geld gegen Werthpapiere, die hinterlegten Werthpapiere gegen andere Werthpapiere oder gegen Geld umzutauschen. Bei den übrigen Sicherungsmitteln kann ein Umtausch nur mit Zustimmung des Berechtigten erfolgen[8]).

2. Die Verpfändung einer Buchforderung gegen das Reich oder gegen einen Bundesstaat[9]). Mit einer solchen Buchforderung kann Sicherheit nur in Höhe von drei Viertheilen des Kurswerths der an die Stelle der Buchforderung tretenden Werthpapiere geleistet werden. Die Verpfändung erfolgt nach den Vorschriften der §§ 1273 ff., insbesondere des § 1280. Außerdem sind die Vorschriften des Reichsgesetzes[10]) betr. das Reichsschuldbuch und der Landesgesetze über das Staatsschuldbuch zu beachten. **§ 236.**

---

[4]) Vgl. § 1807 Nr. 1—4. Mit den Werthpapieren sind auch die Zins-, Renten-, Gewinnantheil- und Erneuerungsscheine zu hinterlegen. Auf diese findet die Vorschrift des § 1296 Anwendung, da mit der Hinterlegung ein Pfandrecht an dem Werthpapier entsteht. Der Hinterleger kann daher, wenn nicht ein Anderes bestimmt ist, die Herausgabe der Scheine verlangen, soweit sie vor der Fälligkeit der Forderung des anderen Theiles fällig werden. Vgl. Prot. II S. 266, 267.

[5]) EG. Artt. 144, 145.

[6]) Nach der preußischen Hinterlegungsordnung vom 14. März 1879 geht das hinterlegte Geld in das Eigenthum des Staates über. Bei hinterlegten Werthpapieren ist dies nicht der Fall; sie werden nach § 36 der Hinterl.-Ord. unverändert verwahrt.

[7]) Nach § 1257 finden daher die für das rechtsgeschäftliche Pfandrecht geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung (vgl. §§ 1273 ff., insbesondere §§ 1279 ff.). Zur Anwendung gelangen die §§ 1209 ff., nicht auch die von der Bestellung des Pfandes handelnden §§ 1204 ff., denn der § 1257 hat ein kraft Gesetzes bereits entstandenes Pfandrecht im Auge und bringt auf dieses die Vorschriften zur Anwendung, welche für ein durch Rechtsgeschäft bestelltes Pfandrecht gelten, nicht auch die Vorschriften über die Bestellung des rechtsgeschäftlichen Pfandrechts (vgl. Goldmann in Blätter für Rechtspflege im Bezirke des Kammergerichts 1900 S. 56). Die Folge hiervon ist, daß auch § 1207 nicht zur Anwendung kommt. Die Frage, an welchen Gegenständen ein gesetzliches Pfandrecht besteht, ist immer nach derjenigen Vorschrift zu entscheiden, auf welcher dieses gesetzliche Pfandrecht beruht. Im vorliegendem Falle entscheidet § 233. Dieser bestimmt, daß das Pfandrecht „an dem hinterlegten Gelde oder an den hinterlegten Werthpapieren" besteht. Es kommt hiernach nicht darauf an, wem das Geld oder die Werthpapiere gehören. Auch wenn sie nicht Eigenthum des Hinterlegers waren, ja sogar, wenn der Berechtigte nicht in gutem Glauben war, erwirbt er das Pfandrecht. Es ist dies auch durchaus begründet, da ja die Hinterlegung eine einseitige Handlung des Hinterlegers ist und der Berechtigte keinen Einfluß darauf hat, was für Geld oder Werthpapiere der Verpflichtete hinterlegen soll.

[8]) Vergl. Prot. I S. 268, 269.

[9]) Vergl. Ges. betr. das Reichsschuldbuch vom 31. Mai 1891 (RGB. S. 321), EG. Art. 50; rücksichtlich der Staatsschuldbücher EG. Art. 97, pr. Ges. vom 20. Juli 1883 (GS. S. 120) und vom 8. Juni 1891 (GS S. 105) und Pr. AG. zum BGB. Art. 16.

[10]) Die Verpfändung erlangt dem Reiche gegenüber nur durch die Eintragung Wirksamkeit (§ 7 Abs. 3). Der Antrag auf Eintragung der Verpfändung muß gerichtlich oder notariell aufgenommen oder beglaubigt sein (§ 10 Abs. 2). Wird die Eintragung der Verpfändung beantragt, so können die gegen die Forderung auszuliefernden Schuldverschreibungen bei der Hinterlegungsstelle in Berlin hinterlegt werden. Der Berechtigte erwirbt hierdurch ein Pfandrecht an den hinterlegten Schuldverschreibungen (§ 95). — Dieselben Bestimmungen gelten rücksichtlich des preuß. Staatsschuldbuchs.

§ 237. 3. Die Verpfändung beweglicher Sachen, jedoch können Sachen, die leicht verderblich oder schwer aufzubewahren sind, zurückgewiesen werden. Mit einer beweglichen Sache kann Sicherheit nur in Höhe von zwei Drittheilen ihres Werthes geleistet werden. Die Verpfändung erfolgt nach den Vorschriften der §§ 1205 ff.

4. Die Bestellung einer Hypothek an einem inländischen Grundstücke. Die Hypothek muß mündelsicher sein [11]). Die Bestellung der Hypothek erfolgt nach den §§ 1113 ff.; auch die Bestellung einer Sicherungs-Hypothek muß sich der Berechtigte gefallen lassen.

§ 238. 5. Die Verpfändung von mündelsicheren Hypothekenforderungen, Grundschulden oder Rentenschulden an inländischen Grundstücken. Sicherungshypotheken sind zur Sicherheitsleistung nicht geeignet, weil ihnen der Glaube des Grundbuchs nicht zu Gute kommt, der Berechtigte also keinerlei Gewähr dafür hat, daß die Forderung, für welche die Sicherungshypothek eingetragen ist, auch wirklich besteht [12]). — Andere Forderungen sind zur Sicherheitsleistung nicht geeignet, und zwar deswegen, weil auch bei ihnen ein Schutz des guten Glaubens nicht Platz greift [13]).

§ 239. III. Die Sicherheitsleistung durch Bürgen ist nur zulässig, wenn die Sicherheit nicht auf eine der zu 1—5 bezeichneten Arten geleistet werden kann (§ 233 Abs. 2). [14]) Die Sicherstellung erfolgt durch die Bürgschaftserklärung eines tauglichen Bürgen; die Bürgschaftserklärung, welche nach § 766 schriftlich zu erfolgen hat, muß den Verzicht auf die Einrede der Vorausklage (§ 773 Ziffer 1) enthalten. Tauglich ist der Bürge, wenn er seinen allgemeinen Gerichtsstand im Inlande hat und sein Vermögen der Höhe der zu leistenden Sicherheit angemessen ist.

IV. Eine andere Art der Sicherheitsleistung, als im § 232 angegeben ist, insbesondere durch Eid, findet nicht statt [15]).

§ 240. V. Eine Ergänzung der einmal geleisteten Sicherheit oder die Leistung einer anderweitigen Sicherheit [16]) kann der Berechtigte nur verlangen, wenn er beweist, daß die geleistete Sicherheit ohne sein Verschulden unzureichend geworden ist. Unzureichend ist die Sicherheit, wenn sie unter die Grenzen der §§ 234, 236—238 herabgegangen ist, oder wenn der Bürge aufgehört hat, tauglich im Sinne des § 239 zu sein. Liegt ein Verschulden des Berechtigten vor, so hat dies nicht nur die Wirkung, daß der Berechtigte schadensersatzpflichtig ist, sondern er verliert auch insoweit, als die Sicherheit durch das Verschulden unzureichend geworden ist, den Anspruch auf Sicherheitsleistung [17]).

---

[11]) Dies ist zwar nicht besonders vorgeschrieben, ergiebt sich aber aus der analogen Anwendung des § 238 Abs. 1. Vgl. Planck Anm. 2 zu § 238.

[12]) Diese Erwägung greift natürlich nicht Platz, wenn die Sicherheit dadurch geleistet wird, daß für den Berechtigten selbst die Sicherungs-Hypothek eingetragen wird. Daher gilt diese Beschränkung nicht im Falle 4.

[13]) Vgl. M. I S. 388.

[14]) In den Fällen der §§ 273 Abs. 3 (zur Abwendung des Zurückbehaltungsrechts) und 1218 Abs. 1 ist die Sicherheitsleistung durch Bürgen ausgeschlossen.

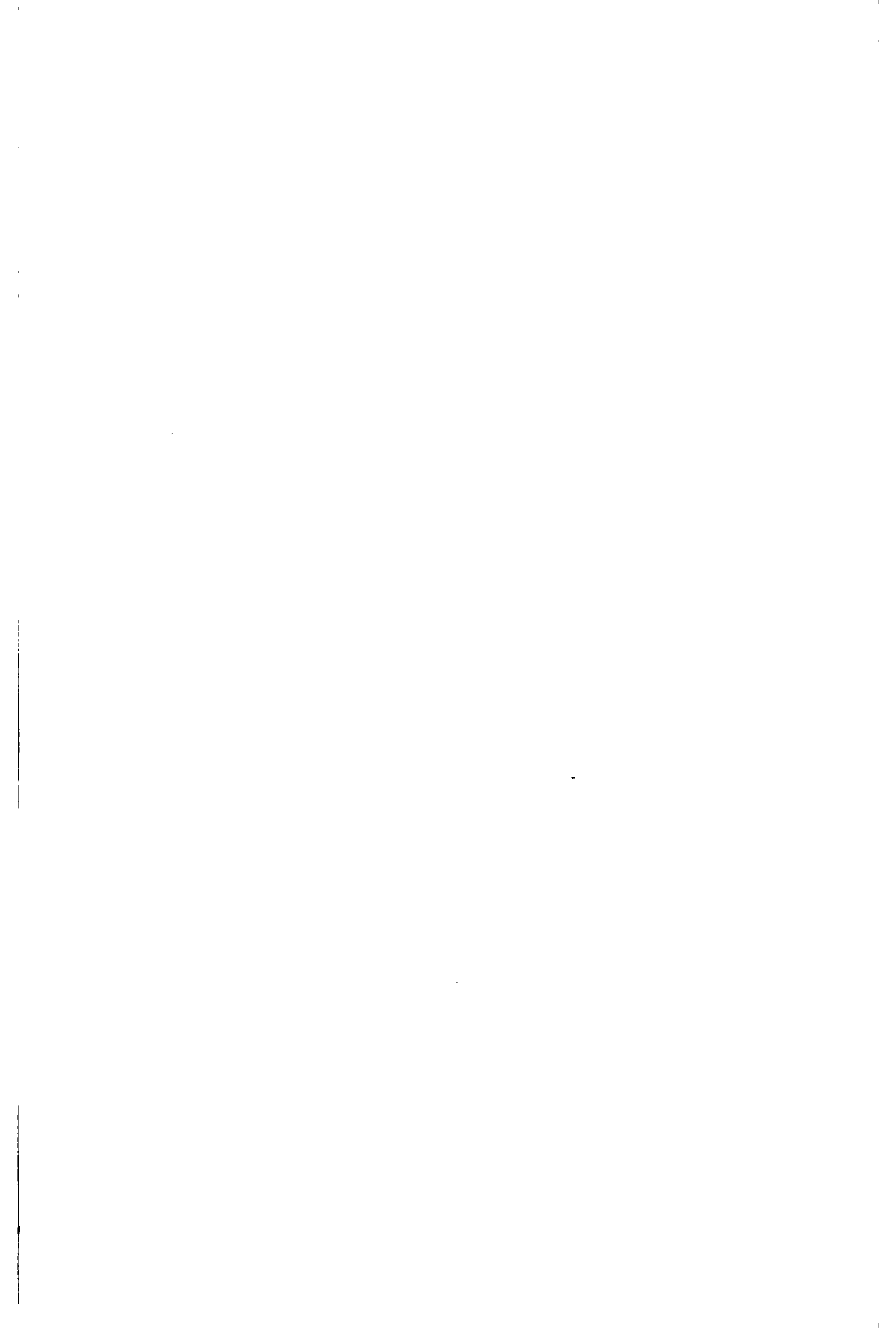
[15]) Das ALR. (§§ 184, 194 I 14) ließ Kaution durch Eid (sog. juratorische Kaution) zu, wenn sie auf andere Art nicht bestellt werden konnte. Vgl. M. I S. 391.

[16]) Die Wahl zwischen der Ergänzung der bestellten Sicherheit oder der Bestellung einer anderweitigen Sicherheit steht dem Verpflichteten zu. Vgl. Planck Anm. 2 zu § 240.

[17]) Vgl. M. I S. 392.

Zweites Buch.

Recht der Schuldverhältnisse.



Erster Titel.

Der Inhalt der Schuldverhältnisse.

§ 71. Allgemeine Grundsätze.

1. Gegenstand eines Schuldverhältnisses[1]) kann, soweit nicht gesetzliche Bestimmungen entgegenstehen, jede Leistung, auch ein Unterlassen und ein Dulden, sein (§ 241). Insbesondere ist das BGB. von dem Grundsatze beherrscht, daß die Wirksamkeit eines Schuldverhältnisses nicht davon abhängt, daß der Berechtigte ein vermögensrechtliches Interesse an der Leistung hat. Die Grenze des Zulässigen liegt allein im Gesetz und in den guten Sitten, gegen die das Rechtsgeschäft nicht verstoßen darf[2]). Nur ist die Wirkung eines Schuldverhältnisses, bei dem der Gläubiger ein vermögensrechtliches Interesse an der Leistung nicht hat, dahin eingeschränkt, daß bei der Verpflichtung zum Schadensersatz eine Entschädigung in Geld in der Regel nicht gefordert werden kann (§ 253).

---

[1]) Ueber den Begriff des Schuldverhältnisses und den § 241 s. oben § 25 unter II (S. 116).

[2]) Ebenso M. II S. 3, 5, Prot. I S. 281, Planck II Vorbem. S. 5, 6, Schollmeyer Vorbem. S. 3, Cosack I § 80 unter 3; abweichend Dernburg II § 84, Endemann I § 109, Oertmann Anm. 1b zu § 241. Die Frage, ob, wenn schon kein vermögensrechtliches, so doch ein anderes schutzwürdiges Interesse an der Leistung erforderlich sei, verneinen die M. II S. 3, während sie von der zweiten Kommission (Prot. I S. 281) bejaht ist, allerdings mit dem Hinzufügen, „schutzwürdig sei jedes Interesse, welches sich innerhalb des vom Gesetze der individuellen Freiheit gewährten Gebiets halte. Es bedürfe keiner anderen Schranke, als daß die Uebernahme der Verbindlichkeit nicht gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstoßen dürfe". Aber dies war auch die Ansicht der Motive (s. a. a. O. „unbeschadet der Vorschriften über die Hinfälligkeit eines Rechtsgeschäfts wegen Verstoßes gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung"). Es liegt also in Wirklichkeit eine Divergenz zwischen der Ansicht der Motive und der der zweiten Kommission nicht vor. Die Frage ist hiernach für das BGB. ohne wesentliche Bedeutung. Der Verpflichtete ist hinlänglich geschützt durch die Vorschriften der §§ 134, 138, 226, 826. So kann z. B. ein Versprechen, nicht mehr zu rauchen, durchaus gültig sein, vorausgesetzt, daß es mit dem Willen abgegeben ist, eine rechtliche Verpflichtung zu übernehmen. Es kann im Interesse des Berechtigten liegen, den das Rauchen belästigt, oder auch in dem vom Berechtigten wahrgenommenen Interesse des Verpflichteten, für dessen Gesundheit es schädlich ist (vergl. Cosack a. a. O.). Hat dagegen Jemand versprochen, nicht mehr zu rauchen, ohne daß irgend ein Interesse des Gläubigers hieran denkbar ist, so liegt darin eine Einschränkung der persönlichen Freiheit und damit ein Verstoß gegen die guten Sitten, der das Versprechen nichtig macht. Bei allen derartigen Versprechungen, die regelmäßig nicht auf rechtsgeschäftlichem, sondern mehr auf gesellschaftlichem, ethischem und ähnlichem Gebiete liegen, wird in der Regel davon auszugehen sein, daß sie nicht in der Absicht abgegeben sind, eine rechtlich bindende und klagbare Verpflichtung zu übernehmen. Es wird daher nur unter besonderen Umständen auf die Erfüllung eines solchen Versprechens geklagt werden können. Vergl. zu dieser Frage Kohler im Arch. für bürg. R., Bd. 12, S. 1 ff. besonders S. 11 ff. Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse (Berlin 1897) S. 1 ff. Andererseits Hellwig im Arch. für die civil. Prax. Bd. 86, S. 223 ff.

§ 242. 2. Der Berechtigung des Gläubigers, von dem Schuldner die Leistung, welche den Inhalt des Schuldverhältnisses bildet, zu fordern, steht die Verpflichtung des Schuldners gegenüber, die ihm obliegende Leistung so, wie er sie schuldet, zu bewirken. Der Gläubiger kann die Bewirkung der Leistung, mag sie in einem Geben, Thun, Unterlassen oder Dulden bestehen, durch Klage und die in der CPO. gegebenen Vollstreckungsmaßregeln erzwingen. Der Schuldner muß die ihm obliegende Leistung vollständig, ihrem ganzen Umfange nach, bewirken[3]); zu welcher Leistung er im Einzelnen verpflichtet ist, und wie er sie nach Inhalt und Umfang, nach Zeit und Ort zu bewirken hat, ist für jeden einzelnen konkreten Fall nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte[4]) festzustellen. Diese Vorschrift entspricht der für Verträge

§ 157. gegebenen Auslegungsregel: Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Die Bedeutung dieser für alle Verträge geltenden Vorschrift liegt darin, daß zwar an erster Stelle auf das zu achten ist, was Treu und Glauben erfordern, daß aber hierbei nicht ein rein abstrakter und bloß subjektiver Standpunkt einzunehmen, sondern für die Frage, welche Anforderungen Treu und Glauben in jedem einzelnen Falle stellen, die Verkehrssitte zu berücksichtigen ist. Die Vorschrift des § 242 erweitert die Auslegungsregel des § 157, denn sie gilt in gleicher Weise für alle Schuldverhältnisse, mögen sie durch Gesetz oder durch Rechtsgeschäft begründet sein[5]). Es folgt daraus andererseits für den Gläubiger, daß auch er die Leistung vom Schuldner nicht anders fordern darf, als dieser sie in Gemäßheit des § 242 zu bewirken verpflichtet ist[6]).

§ 266. 3. Aus der Verpflichtung des Schuldners, die ihm nach dem Schuldverhältniß obliegende Leistung vollständig zu bewirken, folgt, daß er nicht berechtigt ist, nur theilweise zu leisten, auch wenn der Gegenstand der Leistung theilbar ist, falls sich nicht aus dem Inhalte des Schuldverhältnisses, insbesondere der Natur des zu leistenden Gegenstandes, etwas Anderes ergiebt. Der Gläubiger kommt dadurch, daß er die Annahme der ihm angebotenen Theilleistung ablehnt, nicht in Verzug[7]). Die Vorschrift des § 266 greift jedoch nur Platz, wenn es sich um eine einheitliche Leistung handelt, nicht auch dann, wenn aus einem Schuldverhältnisse mehrere Leistungen als selbständige ver-

---

[3]) Dies war in § 224 E. I ausdrücklich ausgesprochen. Vergl. M. II S. 26. Es folgt daraus insbesondere, daß in der Regel der Schuldner die Kosten der Erfüllung seiner Verbindlichkeit zu tragen hat.

[4]) Vergl. M. II S. 197, 198, Prot. I S. 303, 624, 625, S. Goldmann Anm. 2 zu § 59 (S. 279), Staub Einl. Anm. 18 ff. und die Erläuterungen zu § 346 HGB.

[5]) M. II S. 26: „es ist weder dem Gesetze, noch für die Regel dem Geschäftsverkehre möglich, den Umfang und Inhalt einer Schuldverbindlichkeit nach allen Richtungen und Nebenpunkten genau zu beschreiben." Dieser Schwierigkeit hilft die generelle Regel des § 242 ab. Der Schuldner handelt dolos, wenn er sich nur an den Wortlaut des Gesetzes oder des Rechtsgeschäfts halten will; seiner Leistungspflicht kommt er nur nach, wenn er den Anforderungen gerecht wird, die Treu und Glauben an ihn stellen, und bei der Frage, was in jedem konkreten Falle durch Treu und Glauben gefordert wird, ist die Verkehrssitte zu berücksichtigen. Das ist der Sinn und die Bedeutung der Vorschrift des § 242; er bildet gewissermaßen eine Ergänzung zu jeder Bestimmung des Gesetzes oder des Rechtsgeschäfts, damit, wenn der gewählte Ausdruck mangelhaft sein sollte, den Parteien kein Nachtheil daraus erwachse. Vergl. Dernburg II §§ 9, 10.

[6]) Vergl. Fischer-Henle Anm. 2 zu § 242, Cosack I § 84 unter VI (S. 297), Oertmann Anm. 4b zu § 242.

[7]) Eine Modifikation des § 266 tritt ein, wenn nach § 366 Abs. 2 mehrere Forderungen verhältnißmäßig getilgt werden, ferner bei der Aufrechnung, wenn die Forderung des Aufrechnenden kleiner ist, als die andere Forderung. Vergl. ferner Art. 38 WO.

schuldet werden[8]). — Der Gläubiger seinerseits ist dagegen berechtigt, auch über Theile seiner Forderung zu verfügen, insbesondere sie theilweise zu kündigen oder abzutreten[9]).

§ 72. Die Gattungsschuld.

§ 243.

1. Ist die geschuldete Sache nur der Gattung nach bestimmt[1]) (generische Obligation), so ist eine Sache von mittlerer Art und Güte zu leisten (§ 243 Abs. 1)[2]). Die Wahl steht dem Schuldner zu; § 264 Abs. 1 kommt zur entsprechenden Anwendung[3]). Geht die Vereinbarung der Parteien dahin, daß die Sache aus einer bestimmten Menge oder Zahl zu entnehmen ist (z. B. ein Quantum Getreide aus einem bestimmten Getreidelager), so kommen die Vorschriften über das Wahlschuldverhältniß zur Anwendung, nicht die des § 243, denn es ist in diesem Falle die Sache nicht „nur" der Gattung nach bestimmt[4]).

2. Die Frage, wann die Gattungsschuld sich in eine Speziesschuld verwandelt, ist dahin entschieden, daß diese Beschränkung des Schuldverhältnisses nicht schon dann eintritt, wenn der Schuldner eine bestimmte Sache ausgeschieden hat, sondern erst dann, wenn er alles gethan hat, was zur Leistung einer Sache mittlerer Art und Güte seinerseits erforderlich ist (§ 243 Abs. 2). Dies ist der Fall, wenn er die Sache dem Gläubiger übergeben oder ihn in Gemäßheit des § 300 Abs. 2 in Annahme-Verzug versetzt oder die auf Verlangen des Gläubigers nach einem anderen Orte als dem Erfüllungsorte[5]) zu versendende Sache der zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt über-

---

[8]) Hierbei ist besonders zu beachten, daß zwar Verzugszinsen mit dem Kapitale zusammen eine Schuld bilden, daß bei vereinbarten Zinsen dies aber nicht der Fall ist, vielmehr zwei Leistungen neben einander geschuldet werden (vergl. Dernburg II § 18 unter 4, der aber insofern zu weit geht, als er diesen Grundsatz anscheinend auch für Verzugszinsen gelten läßt). Bietet der Schuldner das Kapital ohne Verzugszinsen an, so greift der § 266 Platz. Anders bei den vereinbarten Zinsen. A. hat am 1. Januar das Kapital von 1000 Mk. und die Zinsen für ein Jahr mit 50 Mk. an B. zu zahlen. Zahlt er 50 Mk., entweder ausdrücklich als Zinsen oder ohne eine Bestimmung zu treffen (§ 367), so darf B. die Annahme der 50 Mk. nicht ablehnen. Zahlt A. dagegen 1000 Mk. ausdrücklich als das geschuldete Kapital, so kann B. die Annahme ablehnen; dieses Ablehnungsrecht folgt aber nicht aus § 266, sondern beruht auf der besonderen Vorschrift des § 367 Abs. 2. Zahlt A. 1000 Mk. ohne eine Bestimmung zu treffen, so wird die Summe zuerst auf die Zinsen verrechnet (§ 367 Abs. 1); da diese vollständig gedeckt sind, darf B. insoweit die Annahme nicht ablehnen. Die restlichen 950 Mk. kann er, da sie nur eine Theilleistung auf das Kapital sind, ablehnen. Vergl. M. II S. 87.

[9]) Vergl. Dernburg § 48 unter V.

[1]) Vergl. über den Begriff oben § 27 unter 3 (S. 122).

[2]) Bei Handelsgeschäften nach § 360 HGB. Handelsgut mittlerer Art und Güte. (Vergl. Staub Anm. 4 zu § 360 HGB.) Ueber das Gattungsvermächtniß s. § 2155.

[3]) Der Gläubiger klagt auf Leistung der generisch bestimmten Sachen (10 Scheffel Roggen; der Zusatz mittlerer Art und Güte ist nicht erforderlich). Hat sich vor Beginn der Zwangsvollstreckung das Schuldverhältniß nicht durch die Thätigkeit des Schuldners konkretisiert, so kann der Gläubiger durch den Gerichtsvollzieher, wenn sich beim Schuldner Sachen der Gattung vorfinden, Sachen mittlerer Art und Güte wegnehmen lassen (§§ 884, 883 CPO.). Der Schuldner kann sich, so lange der Gläubiger die Sachen nicht empfangen hat, durch andere Sachen mittlerer Art und Güte befreien.

[4]) sog. gemischt generische Obligation. Ebenso Dernburg II § 11 unter II. Abweichend Planck Anm. 2 zu § 243.

[5]) Ist der Bestimmungsort Leistungsort, so tritt die Konkretisierung nicht mit der Absendung, sondern erst mit der Uebergabe ein (vergl. §§ 446, 447 Abs. 1).

liefert hat.[6]) Mit diesem Augenblicke, — nicht ex tunc, wie bei dem Wahlschuldverhältniß, — ist nur noch die ausgewählte Sache Gegenstand des Schuldverhältnisses. Der Gläubiger hat einen Anspruch auf die ausgeschiedene Sache[7]); ist sie mangelhaft, so kann er Wandelung oder Minderung oder statt dessen die Leistung einer mangelfreien Sache verlangen (§ 480). Geht die ausgeschiedene Sache in Folge eines Umstandes, den der Schuldner nicht zu vertreten hat, unter, so ist der Schuldner von der Leistungspflicht befreit (§ 275); handelt es sich um einen gegenseitigen Vertrag, so behält er den Anspruch auf die Gegenleistung, wenn der Untergang die Folge eines von dem anderen Theile zu vertretenden Umstandes ist (§ 324). Die Vorschrift des § 279 kann nicht mehr zur Anwendung kommen, da keine Gattungsschuld mehr vorliegt.

§ 73. Die Geldschuld.

§ 244. 1. Ist im Inland[1]) eine Geldschuld zu zahlen, so ist zu unterscheiden, ob die Schuld in Reichswährung oder in ausländischer Währung ausgedrückt ist. Im ersteren Falle ist die Schuld nach den Vorschriften des Reichsmünzgesetzes vom 13. Juli 1873 in Reichsmünzen zu entrichten. Im letzteren Falle ist der Schuldner berechtigt, die Zahlung entweder in der ausländischen Währung oder in Reichswährung zu dem Betrage zu leisten, der sich zur Zahlungszeit nach

---

[6]) Daß in diesem Falle bereits mit der Absendung die Gefahr übergeht, ist allerdings nur für den Kauf und den Werkvertrag (§ 644 Abs. 2) vorgeschrieben. Aber auch in anderen Fällen wird man annehmen müssen, daß der Schuldner, wenn er die Sache dem Gläubiger auf dessen Verlangen übersendet, mit der Ueberlieferung der Sache an den Transporteur das seinerseits Erforderliche im Sinne des § 243 Abs. 2 gethan hat. Darin liegt eben die Erweiterung des § 243 Abs. 2 gegenüber dem E. I, welcher im § 214 die Beschränkung des Schuldverhältnisses auf die species erst in dem Zeitpunkt eintreten ließ, in dem die Gefahr auf den Gläubiger überging. Vergl. Prot. I S. 287, Planck Anm. 4 zu § 243. Schollmeyer Anm. 5 zu § 243. Die Ansicht Cosacks (I § 84), daß der Gläubiger von der Absendung auch Kenntniß erlangt haben müsse, ist unhaltbar. Er ist der Meinung, daß, wenn B. an A. das von diesem bestellte Lotterieloos abgesandt hat, B. die Wahl noch immer widerrufen kann, bis A. das Loos oder die Anzeige von der Absendung erhalten hat. Aber mit der Absendung des Looses geht nach § 447 Abs. 1 die Gefahr auf A. über, und dies ist nicht möglich, wenn sich nicht die Gattungsschuld in eine Speziesschuld verwandelt hätte. Hätte sich das Schuldverhältniß nicht mit der Absendung definitiv konkretisiert, so läge noch immer eine Gattungsschuld vor, und B. würde beim Untergange der Sache nach § 279 nicht befreit sein, was dem § 447 Abs. 1 direkt widerspräche. Hat sich aber das Schuldverhältniß mit der Absendung konkretisiert, so ist ein jus variandi ausgeschlossen, A. hat einen Anspruch auf dieses konkrete Loos (vergl. Prot. I S. 287, 288).

[7]) Jedoch wird der Gläubiger die spätere Annahme anderer durchaus gleichwerthiger Sachen derselben Gattung nicht ablehnen dürfen. Hat z. B. Jemand, der Getreide schuldete, dieses in Gemäßheit des § 300 Abs. 2 dem Gläubiger angeboten, so kann dieser nicht unter der Behauptung, die Schuld habe sich auf das bestimmte Getreide konkretisiert, später die Leistung gerade desselben Getreides verlangen. Ein solches Verlangen verstieße gegen Treu und Glauben. Vergl. Prot. I S. 288, Planck Anm. 4 zu § 243. Es wird in jedem einzelnen Falle zu untersuchen sein, ob der Gläubiger ein Interesse gerade an derjenigen Sache hat, auf welche das Schuldverhältniß sich beschränkt. Beispiel: A., der dem B. ein Lotterieloos zu liefern hatte, hat ein bestimmtes Loos in einem Briefe an B. abgesandt. Der Brief gelangt an A. zurück. Dieser entnimmt das Loos wieder dem Briefe, legt es zu seinem Vorrathe von Loosen und verkauft es anderweit. Auf das Loos entfällt ein Gewinn. B. kann diesen von A. beanspruchen, denn das Schuldverhältniß hatte sich auf das bestimmte Loos beschränkt und B. konnte die Lieferung gerade dieses Looses verlangen.

[1]) Ueber Geldschulden, die im Auslande zu leisten sind, enthält das BGB. keine Vorschriften. Sie sind in der Währung, die zur Zahlungszeit am Zahlungsorte gilt, zu leisten.

dem Kurswerth am Zahlungsort ergiebt.[*])[8]) Das Recht, die Zahlung in Reichswährung zu leisten, hat der Schuldner nicht, wenn ausdrücklich bedungen ist, daß die Zahlung in ausländischer Währung erfolgen solle. Da das Gesetz eine ausdrückliche Abrede verlangt, so genügt es nicht, daß Umstände vorliegen, aus denen eine stillschweigende Abrede der Parteien entnommen werden könnte, es muß vielmehr ein den Willen der Parteien unmittelbar wiedergebender Ausdruck (z. B. effektiv) gebraucht sein.

2. Ist vereinbart, daß die Schuld in einer bestimmten inländischen oder ausländischen Münzsorte (z. B. in goldenen Fünfmarkstücken, in Hundertfrankstücken) zu zahlen ist, und ist diese Leistungsart nicht möglich, weil die vereinbarte Münzsorte nicht mehr im Umlauf ist, so wird diese Vereinbarung als nicht getroffen angesehen; der Schuldner hat, wenn die Schuld in inländischer Währung ausgedrückt ist, in Reichsmünzen, wenn sie in ausländischer Währung ausgedrückt ist, in Gemäßheit des § 244, zu zahlen. § 245.

3. Die Verpflichtung, Münzen einer bestimmten Art zu liefern (z. B. Fünfmarkstücke mit dem Bilde des Kaisers Friedrich), stellt keine Geldschuld, sondern eine Gattungsschuld im Sinne des § 243 dar.

§ 74. Die Zinsen.

I. Begriff der Zinsen. Das Gesetz setzt den Begriff der Zinsen als bekannt voraus. Aus den Einzelbestimmungen des Gesetzes ergiebt sich, daß unter Zinsen eine Nebenleistung zu verstehen ist, die dem Gläubiger einer in Geld oder einer anderen vertretbaren Sache bestehenden Hauptleistung (des Kapitals)[1]) als Ersatz für den dem Gläubiger entgehenden Genuß dieses Kapitals zu entrichten ist. In der Regel ist diese Nebenleistung mit der Hauptleistung gleichartig, besteht sie in Prozenten der Hauptleistung und ist sie in regelmäßig wiederkehrenden Terminen zu entrichten[2]).

---

[*]) Es handelt sich um eine sog. facultas alternativa. Der Schuldner schuldet den Betrag in ausländischer Währung, kann sich aber auch durch Zahlung in deutscher Währung befreien. Lautet ein in Berlin zahlbarer Wechsel auf 1000 fr., so klagt der Gläubiger auf 1000 fr. Hat der Schuldner bis zum Beginne der Zwangsvollstreckung weder 1000 fr. noch den entsprechenden Betrag in Reichswährung gezahlt, so kann der Gläubiger die Zwangsvollstreckung auf letzteren Betrag vornehmen, der Schuldner kann sich aber immer noch durch Zahlung von 1000 fr. befreien.

[8]) Dieselbe Umrechnung wird einzutreten haben, wenn z. B. der Schuldner verpflichtet ist, in Berlin 5000 Mark in französischem Gelde zu zahlen. E. I § 215 Abs. 3.

[1]) Daß Zinsen nicht nur bei einer Geldschuld, sondern auch bei einer in anderen vertretbaren Sachen bestehenden Schuld vorkommen können, ergiebt die Wahl des allgemeinen Ausdrucks „Schuld" im § 246. Vergl. M. II S. 15. Demgemäß ist unter Kapital (§ 247) nicht nur ein Geldkapital zu verstehen.

[2]) Die Gleichartigkeit der Zinsen mit dem Kapital ist kein absolutes Erforderniß; der Darleiher eines Quantums Getreide kann sich als Zinsen Geld ausbedingen. — Ebenso kann man nicht mit Dernburg II § 18 unter 2a nur wiederkehrende Leistungen als Zinsen ansehen. Im § 101 Ziffer 2 heißt es allerdings „Zinsen, Gewinnantheile oder andere wiederkehrende Leistungen", im § 197 dagegen sind unter Zinsen auch solche zu verstehen, die nur einmal zu entrichten sind. Vergl. oben § 61 S. 238. Zuschläge zum Kapitale, welche bei der Rückzahlung des Kapitals zu zahlen sind, können also sehr wohl die Natur von Zinsen haben. Dagegen ist es richtig, daß eine einmalige Zahlung, die keine Beziehung zu der Zeitdauer hat, während deren dem Gläubiger der Genuß des Kapitals entgeht, und mit diesem entgehenden Genuß überhaupt in keinem ursächlichen Zusammenhange steht, z. B. eine einmalige Provision bei der Hingabe des Darlehens, keine Zinsen im Sinne des BGB. sind. (Vergl. Dernburg II § 18 Anm. 3, Cosack I § 83.) Wenn das ALR. in dieser Beziehung weiter ging (§§ 803, 810 I, 11), so stand dies, wie die §§ 811 ff. ergeben, mit den landrechtlichen Zinsbeschränkungen im Zusammenhange.

II. Verpflichtung zur Zinszahlung.

§ 246. 1. Eine Verpflichtung zur Zinszahlung besteht nur, wenn sie durch Rechtsgeschäft oder durch Gesetz begründet ist. Der Gläubiger, welcher für eine Hauptforderung Zinsen beansprucht, hat einen dieser beiden Entstehungsgründe nachzuweisen[3]). Durch fortgesetzte Zinszahlung wird eine gesetzliche Vermuthung weder für das Bestehen der Zinspflicht noch für das Bestehen der Kapitalschuld begründet. — Als die wichtigsten Fälle der gesetzlichen Zinsen sind folgende hervorzuheben: Verzugszinsen (§ 288), Prozeßzinsen (§ 291), Zinsen von dem Betrage der zu ersetzenden Aufwendungen (§ 256), Zinsen vom Kaufpreis und von der Vergütung beim Werkvertrage (§§ 452, 641 Abs. 2), Zinsen von dem durch den Beauftragten, Verwahrer, Vormund verwendeten Gelde (§§ 668, 675, 698, 1834), Zinsen von der Bereicherung (§ 820 Abs. 2), Zinsen des Werthes und der Werthminderung einer entzogenen oder beschädigten Sache (§ 849); vergl. ferner §§ 353 ff. HGB.

2. Vereinbarte und gesetzliche Zinsen sind im Allgemeinen gleich behandelt, insbesondere besteht zwischen ihnen rücksichtlich der Verjährung kein Unterschied[4]).

3. Die Frage der Fälligkeit der Zinsen ist im Gesetze nur für Darlehnszinsen geregelt; sie sind in Ermangelung einer besonderen Bestimmung postnumerando und zwar nach Ablauf je eines Jahres von der Hingabe des Darlehens an und wenn das Darlehen im Laufe eines Jahres zurückzuerstatten ist, bei der Rückerstattung zu entrichten (§ 608). Selbstverständlich können beliebig andere Termine für die Zinszahlung festgesetzt und kann auch vereinbart werden, daß die Zinsen im Voraus vom Kapital abgezogen werden sollen. — Auf andere durch Rechtsgeschäft bestimmte Zinsen sind diese Vorschriften entsprechend anzuwenden. Gesetzliche Zinsen sind mit dem Kapitale zusammen zu entrichten.

III. Gesetzlicher Zinssatz und Zinsbeschränkungen.

1. Die gesetzlichen Zinsen betragen 4% (§§ 246, 288), nach den Vorschriften des Handelsgesetzbuchs jedoch 5%, wenn die Zinsen von beiderseitigen Handelsgeschäften zu entrichten sind (§ 352 Abs. 1 S. 1) und ferner, wenn die Verpflichtung zur Zinszahlung in dem Handelsgesetzbuch ausgesprochen ist, mag auch in diesem letzteren Falle nur ein einseitiges oder überhaupt kein Handelsgeschäft vorliegen. (§ 352 Abs. 2 HGB.) Für die Verzugszinsen gilt[5]) die Sondervorschrift, daß, wenn der Gläubiger aus einem anderen Rechtsgrund, insbesondere auf Grund einer Vereinbarung, höhere Zinsen als den gesetzlichen Betrag der Verzugszinsen verlangen kann, diese höheren Zinsen auch als Verzugszinsen fortzuentrichten sind (§ 288 Abs. 1)[6]). — Die Vorschriften der Wechselordnung, nach denen 6% Zinsen gefordert werden können, sind aufrecht erhalten.

Vergl. Eccius I § 68 Anm. 14. Ist dagegen die Provision fortlaufend nach Verhältniß der Zeit zu zahlen, wie es bei laufendem Bankierkredit häufig der Fall ist (z. B. für's Jahr 5% Zinsen und 1% Provision), so handelt es sich in Wirklichkeit um Zinsen unter einem anderen Namen. Vergl. ROHG. Bd. 22 S. 408.

[3]) Die Vereinbarung, daß Zinsen gezahlt werden sollen, kann natürlich auch stillschweigend getroffen werden. Wer z. B. einen Bankierkredit in Anspruch nimmt, hat die kreditierte Summe kraft stillschweigender Abrede zu verzinsen. Ebenso kann auch die Vereinbarung über die Höhe der Zinsen stillschweigend erfolgen.

[4]) S. oben § 61 S. 238. Für vereinbarte Hypothekenzinsen haftet das Grundstück, wenn sie eingetragen sind (§ 1115), für gesetzliche auch ohne Eintragung (§ 1118).

[5]) Entsprechend dem bisherigen Rechte, vergl. § 3 des Ges. vom 14. November 1867.

[6]) Selbstverständlich ist, daß die gesetzlichen Verzugszinsen (4% resp. 5%) auch dann zu zahlen sind, wenn die Schuld nach Vereinbarung niedriger verzinslich war.

2) Die Höhe der auf Rechtsgeschäft beruhenden Zinsen ist der freien Vereinbarung der Parteien überlassen. Sind jedoch mehr als 6 % Zinsen vereinbart, so ist — außer bei Schuldverschreibungen auf den Inhaber — dem Schuldner das durch Vertrag nicht ausschließbare und nicht beschränkbare Recht gegeben, das Kapital mit sechsmonatiger Frist zu kündigen (§ 247)[7], jedoch kann er von diesem Kündigungsrechte frühestens nach dem Ablaufe von sechs Monaten von demjenigen Zeitpunkt an, von welchem die Zinsen zu sechs Prozent zu zahlen sind, Gebrauch machen[8]). § 247.

3. Sind zwar nach Rechtsgeschäft Zinsen zu entrichten, ist aber ihre Höhe nicht bestimmt, so sind 4 %[9]), bei beiderseitigen Handelsgeschäften 5 % zu zahlen (§ 246 BGB., § 352 Abs. 1 S. 2 HGB.).

4. Die Vertragsfreiheit rücksichtlich der Zinsen ist nur durch die eine Vorschrift eingeschränkt, daß nicht im Voraus vereinbart werden kann, daß fällige Zinsen wieder Zinsen tragen sollen (§ 248 Abs. 1)[10]). Dieses Verbot bezieht sich sowohl auf vorbedungene wie auf gesetzliche Zinsen: rücksichtlich beider Arten ist die vor der Fälligkeit getroffene Vereinbarung, daß sie, falls sie rückständig werden, zu verzinsen sind, nichtig. Zulässig dagegen ist es, eine solche Vereinbarung zu treffen, sobald die Zinsen rückständig geworden sind, gleichgültig, welchen Zeitraum der Rückstand umfaßt. § 248.

5. Mit diesem Verbote des Anatozismus steht ferner die Vorschrift in Verbindung, daß auch Verzugszinsen von Zinsen nicht gefordert werden dürfen (§ 289 S. 1), und zwar weder von gesetzlichen noch auch von vereinbarten Zinsen[11]). § 289 Satz 1.

6. Von dem Verbote des § 248 Abs. 1 gestattet das Gesetz folgende Ausnahmen:

a) Sparkassen, Kreditanstalten (z. B. die Reichsbank, die Landschaften, die Notenbanken, Darlehnskassen, Hypothekenbanken u. s. w.) und die Inhaber von Bankgeschäften können die Vereinbarung treffen, daß die Zinsen von Einlagen, die nicht erhoben werden, als neue Einlagen gelten und wieder verzinst werden sollen[12]).

[7]) Diese Vorschrift ist dem § 2 des durch EG. Art. 39 aufgehobenen Gesetzes betreffend die vertragsmäßigen Zinsen vom 14. November 1867 entnommen. Es ist aber zu beachten, daß der Abs. 3 des § 2 des erwähnten Gesetzes, nach welchem diese Vorschrift „auf Darlehne, welche ein Kaufmann empfängt, und auf Schulden eines Kaufmanns aus seinen Handelsgeschäften", keine Anwendung leiden, in das HGB. nicht übergegangen ist. Das Kündigungsrecht des § 247 gilt also auch im Gebiete des Handelsrechts.

[8]) Das Gesetz spricht sich nicht klar darüber aus, von wann an die sechs Monate zu rechnen sind. Die Meinung des Gesetzes ist aber offenbar die, daß, wenn dem Schuldner auch ein außerordentliches Kündigungsrecht gegeben ist, der Gläubiger doch mindestens ein Jahr lang den Genuß der ihm versprochenen Zinsen haben soll.

[9]) Daraus, daß der gesetzliche Zinsfuß auf 4 % fixiert ist, darf nicht geschlossen werden, daß dies auch der landesübliche Zinsfuß ist. Eine dem § 841 I 11 ALR. entsprechende Vorschrift: „Unter landüblichen Zinsen werden im Gesetze fünf vom Hundert verstanden", kennt das BGB. nicht. Ist in einem gegebenen Falle die Zahlung landesüblicher Zinsen bedungen, so ist festzustellen, welcher Zinsfuß zu der in Betracht kommenden Zeit landesüblich ist.

[10]) Aufrecht erhalten sind außerdem durch EG. Art. 94 Abs. 1 die für gewerbliche Pfandleiher bestehenden Zinsbeschränkungen. Vergl. das preuß. Gesetz betreffend das Pfandleihgewerbe vom 17. März 1881.

[11]) Das BGB. geht somit in dieser Beziehung noch über die Vorschrift des ALR. hinaus, welches gestattete, daß von vorbedungenen Zinsen Verzugszinsen von der Rechtskraft des Erkenntnisses an (sog. Judikatszinsen) gefordert werden (ALR. § 821 I 11).

[12]) Es entspricht dies der bisherigen Uebung und es wird dadurch zwischen den Parteien ein ähnliches Verhältniß hergestellt, wie es der § 355 HGB. für den eigentlichen

b) Kreditanstalten, welche verzinsliche Darlehen gewähren und sich die Mittel hierzu dadurch verschaffen, daß sie ihrerseits Darlehen aufnehmen und zwar in der Art, daß sie -- mit staatlicher Genehmigung § 795 Abs. 1 — für den Betrag der von ihnen gewährten Darlehen verzinsliche Schuldverschreibungen auf den Inhaber ausgeben (Hypothekenbanken, Pfandbriefinstitute), müssen, um ihrerseits ihre Schuldzinsen bezahlen zu können, auf den pünktlichen Eingang der ihnen geschuldeten Zinsen rechnen können. Deshalb ist ihnen das Privilegium gegeben, daß sie sich bei den von ihnen gewährten Darlehen die Verzinsung rückständiger Zinsen im Voraus versprechen lassen dürfen. (§ 248 Abs. 2.)

IV. Die accessorische Natur des Zinsanspruchs.

1. Der Zinsanspruch ist ein von einem Hauptanspruch abhängender Nebenanspruch. Es folgt daraus, daß er ohne gültigen Hauptanspruch nicht entstehen kann, und daß er, wenn der Hauptanspruch nichtig oder anfechtbar und angefochten ist, von selbst in Wegfall kommt[13]). Ebenso ist nach dem Erlöschen des Hauptanspruchs die Möglichkeit des ferneren Entstehens eines Zinsanspruchs ausgeschlossen.[14])

2. Ist dagegen der Zinsanspruch einmal entstanden, so führt er eine selbständige Existenz. Das Erlöschen des Hauptanspruchs ist für das Fortbestehen des bereits existenten Zinsanspruchs ohne Bedeutung.[15]) Dies gilt in gleicher Weise für vorbedungene wie für gesetzliche Zinsen.[16]) Es folgt hieraus, daß die Bezahlung des Kapitals, auch wenn vorbehaltlos darüber quittiert ist, die Einforderung der nicht bezahlten Zinsen nicht hindert, und ferner, daß Zinsen stets selbständig eingeklagt werden können.

§ 75. Der Schadensersatz.

1. Die Verpflichtung, den einem Anderen entstandenen Schaden zu ersetzen, kann auf verschiedenen Gründen beruhen. Die wichtigsten Fälle der Schadensersatzpflicht sind die wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung einer

---

Kontokurrentverkehr vorschreibt, bei welchem gleichfalls — in Abweichung von den §§ 248 Abs. 1 und 289 S. 1 — Zinsen von Zinsen gefordert werden dürfen. Vergl. Schollmeyer Anm. 2a zu § 248. Wann die Zinsen zu erheben sind, von welchem Zeitpunkt an sie also als neue verzinsliche Einlagen gelten, hängt von der ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung ab. Sparkassen schreiben in der Regel die jährlichen Zinsen zum Kapitale, Bankhäuser schließen gewöhnlich die Konten ihrer Kunden halbjährlich ab. — Für das Guthaben des Bankhauses gilt die Ausnahmevorschrift des § 248 Abs. 2 nicht. Wenn Jemand bei einem Bankier einen laufenden Kredit hat, dergestalt, daß der Bankier kreditiert, der Kunde Zahlungen leistet und das Konto des Kunden zu gewissen Zeiten, z. B. halbjährlich abgeschlossen wird (sog. laufende Rechnung, auch uneigentlich Kontokurrent genannt), so kann nicht im Voraus vereinbart werden, daß der Saldo, in welchem Zinsen bis zum Rechnungsabschluß enthalten sind, als neue verzinsliche Schuld des Kunden vorgetragen werden soll. Wenn jedoch der Bankier dem Kunden einen solchen Rechnungsabschluß, in welchem Zinsen von Zinsen berechnet sind, zuschickt und der Kunde sich, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend, damit einverstanden erklärt, so liegt eine nach der Fälligkeit der Zinsen, also wirksam, getroffene Vereinbarung vor.

[13]) A. hat dem geisteskranken B. ein zu 5% verzinsliches Darlehen von 1000 Mk. gegeben und 2 Jahre lang die Zinsen, also 100 Mk., gezahlt erhalten. Da das Darlehen nichtig ist, hat A. gegen B. einen Bereicherungsanspruch wegen der hingegebenen 1000 Mk., B. gegen A. einen Bereicherungsanspruch wegen der gezahlten Zinsen.

[14]) Eine Ausnahme gilt nach § 803 Abs. 1 für die Zinsscheine von Schuldverschreibungen auf den Inhaber.

[15]) Die Vorschrift des § 224, welche für die Verjährung das Gegentheil bestimmt, ist positiver Natur und durch „Gründe praktischer Zweckmäßigkeit" gerechtfertigt. M. I S. 345. Vergl. Dernburg II § 18 unter 3.

[16]) Inwieweit die Zinsen mit dem Kapital ein einheitliches Schuldverhältniß bilden, darüber s. oben § 71 Anm. 8.

bestehenden Verbindlichkeit und wegen einer unerlaubten Handlung[1]). Für alle Fälle einer Schadensersatzpflicht sind in den §§ 249—254 allgemeine Grundsätze gegeben, welche, soweit nicht im Einzelnen abweichende Vorschriften bestehen,[2]) immer zur Anwendung kommen, wenn ein Schaden zu ersetzen ist, gleichgültig ob die Verpflichtung hierzu eine kontraktliche oder außerkontraktliche ist, ob sie durch ein Verschulden begründet ist oder ohne Verschulden eintritt.

2. Der Umfang der Schadensersatzpflicht ist von dem Grade des Verschuldens unabhängig; es ist immer das ganze Interesse, der positive Schaden und der entgangene Gewinn, zu ersetzen[3]). Der entgangene Gewinn umfaßt diejenigen Vortheile, die nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge oder den vorhandenen besonderen Umständen mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden können. Es ist einerseits keine Gewißheit für das Eintreten der künftigen Vortheile erforderlich, andererseits genügt aber keine bloße Möglichkeit. Die Verpflichtung zum Ersatze des vollen Interesses schließt auch die Pflicht in sich, den außerordentlichen Werth eines Gegenstandes, d. h. denjenigen, welchen der Gegenstand für den Gläubiger nach seinen besonderen Verhältnissen hatte,[4]) zu ersetzen. Dagegen kann der Werth der besonderen Vorliebe nicht ersetzt verlangt werden, denn für einen nicht vermögensrechtlichen Schaden kann Ersatz in Geld[5]) nicht gefordert werden.[6]) Ob der Schaden vorausgesehen werden konnte oder nicht, ist unerheblich; es ist daher nicht nur der unmittelbare und mittelbare, sondern auch der sog. zufällige Schaden zu ersetzen. §§ 252, 253.

3. Schadensersatz ist grundsätzlich dadurch zu leisten, daß der Verpflichtete den Zustand herstellt, der ohne das schädigende Ereigniß bestehen würde (§ 249 Abs. 1). Der Anspruch des Gläubigers geht also bei Entziehung einer speziellen Sache auf deren Rückgabe, bei Entziehung vertretbarer Sachen auf deren Rückgabe oder Ersatz durch gleichwerthige Sachen, bei Verletzung einer Person oder Beschädigung einer Sache auf Wiederherstellung des früheren Zustandes, bei Begründung einer Schuld auf Befreiung von dieser Schuld. Neben der Herstellung kann der Gläubiger, soweit er dadurch nicht voll entschädigt wird, Entschädigung in Geld verlangen[7]) (§ 251 Abs. 1). §§ 249—251.

4. Dieser Grundsatz erleidet folgende Ausnahmen:

a) Soweit die Herstellung nicht möglich ist oder soweit sie den Gläubiger nicht voll entschädigen würde[8]), ist der Gläubiger in Geld zu entschädigen (§ 251 Abs. 1).

---

[1]) Daneben wird durch zahlreiche Einzelvorschriften des Gesetzes eine Verpflichtung zum Schadensersatze begründet, vergl. §§ 31, 42 Abs. 2, 53, 122, 179, 228 u. s. w.

[2]) Vergl. §§ 557, 843 ff., 912, 917.

[3]) Ausnahmen in den §§ 1298, 1299.

[4]) Vergl. E. I § 220, M. II S. 21.

[5]) Die Herstellung (§ 249) kann auch in diesem Falle gefordert werden, so weit dies überhaupt denkbar ist; so wird man bei einer Ehrverletzung durch Mittheilung in einer Zeitung Widerruf in der Zeitung fordern können.

[6]) Ausnahmen in den §§ 847, 1300.

[7]) Ist z. B. dem Gläubiger Arbeitsgeräth vorenthalten worden, so kann er dessen Rückgabe und außerdem Ersatz des Betrags fordern, den er mit dem Arbeitsgeräth inzwischen verdient hätte. Der § 251 („soweit die Herstellung nicht möglich ist") gilt insbesondere für die Zwischenzeit zwischen der Entziehung und der Herstellung.

[8]) Wenn z. B. die ausgebesserte Sache der unbeschädigten gegenüber minderwerthig ist. Ob übrigens bei der Beschädigung einer Sache der frühere Zustand durch Ausbesserung wieder hergestellt werden kann, hängt von der Lage des einzelnen Falles ab. Zur Naturalrestitution im Sinne des § 249 wird nicht gerade erfordert, daß genau derselbe Zustand, der vor der Schadenszufügung bestanden hat, wieder hergestellt wird. Dies ergiebt sich aus

b) Ist eine Person verletzt oder eine Sache beschädigt[9]), so kann der Gläubiger, auch wenn die Herstellung möglich ist, statt diese durch den Schuldner bewirken zu lassen, den zur Herstellung erforderlichen Geldbetrag verlangen (§ 249 S. 2)[10]). Neben diesem Geldbetrage kann er noch den Ersatz des sonstigen Schadens fordern. An die erklärte Wahl ist der Gläubiger gebunden.

c) Hat die Herstellung zu erfolgen — sei es, daß sie, der Regel (§ 249 Satz 1) entsprechend, allein zulässig ist, sei es, daß der Gläubiger sie gewählt hat — so kann der Gläubiger dem Schuldner eine angemessene[11]) Frist zur Herstellung

---

der Vorschrift des § 249 Abs. 2 und aus § 251, welcher eine theilweise Wiederherstellung („soweit") voraussetzt. (Anders Prot. I S. 296.) Immerhin wird man von einer Möglichkeit der Herstellung im Sinne des § 251 nur sprechen können, wenn der frühere Zustand im Wesentlichen restituiert werden kann. Es hängt alles von der Lage des einzelnen Falles ab. Ist eine Wiederherstellung thatsächlich nicht möglich, so greift die Vorschrift des § 251 Platz. Der Gläubiger ist aber auch berechtigt, die Reparatur, d. h. die Wiederherstellung „soweit sie möglich ist", und den Ersatz des Minderwerths zu verlangen. Hat z. B. A. in den Ueberzieher des B. ein Loch gebrannt, so kann B. mit Recht den Standpunkt einnehmen, daß die Herstellung nicht möglich ist, und Entschädigung in Geld verlangen. Er kann aber auch verlangen, daß A. den Ueberzieher ausbessern lasse und ihn für den Minderwerth in Geld entschädige. Er kann ferner, wenn es ihm nicht paßt, daß A. den Schneider, der den Ueberzieher ausbessern soll, wählt, den zur Ausbesserung erforderlichen Geldbetrag fordern (§ 249 S. 2, vergl. unten Anm. 10) und daneben nach § 251 Ersatz des Minderwerths.

[9]) Ist eine Sache nicht beschädigt, sondern entzogen, so ist dieses Wahlrecht nicht gegeben; der Gläubiger hat lediglich den Anspruch auf Herstellung und nur, wenn diese nicht möglich ist, nach § 251 Abs. 1 den Anspruch auf Entschädigung in Geld.

[10]) Das alleinige Recht auf Naturalrestitution würde häufig für den Gläubiger sehr lästig sein. Hat z. B. A. das Gebäude des B. beschädigt, so müßte B. sich gefallen lassen, daß von A. angenommene Handwerker die Reparatur vornehmen, er selbst wäre nicht in der Lage, den Handwerkern Anweisungen zu ertheilen. Ferner kommt hinzu, daß der Gläubiger vielleicht gar nicht die Herstellung des ursprünglichen Zustandes wünscht, er will sich lieber eine neue Sache anschaffen, er will das Gebäude in erweitertem Umfange aufbauen lassen. Allen solchen Uebelständen hilft die Vorschrift des § 249 Abs. 2 in sehr zweckmäßiger Weise ab. Vergl. Prot. I S. 296, 297. Zu leisten ist der objektiv erforderliche Betrag.

[11]) Hier, wie an zahlreichen anderen Stellen (z. B. §§ 264 Abs. 2, 283, 326, 354, 466), verlangt das Gesetz die Bestimmung einer angemessenen Frist. Es ist bestritten, welche Folgen eintreten, wenn die bestimmte Frist sich später als nicht angemessen, vielmehr als zu kurz herausstellt, ob dann die Bestimmung der Frist unwirksam ist, oder ob die Fristbestimmung zwar wirksam bleibt, aber an die Stelle der unangemessenen Frist von selbst die angemessene tritt (so Cosack I § 105 S. 346, Fischer-Henle Anm. 1 zu § 250). Da das Gesetz Wirkungen nur an die Bestimmung einer angemessenen Frist knüpft, so wird angenommen werden müssen, daß die Bestimmung einer zu kurzen Frist diese Wirkungen nicht herbeiführt. Die Annahme Dernburgs (II § 33 unter 4), „man wird die Aufforderung immer zu verstehen haben, eventuell innerhalb der zur Herstellung nöthigen Frist", dürfte den thatsächlichen Verhältnissen nicht entsprechen, die Aufforderung kann diesen Sinn haben und wird ihn sehr häufig haben, muß ihn aber nicht immer haben. Wenn der Beschädigte dem Ersatzpflichtigen schreibt: ich verlange, daß Sie die durch Ihre Schuld zerbrochenen Fensterscheiben binnen 6 Stunden wieder einsetzen lassen; nach Ablauf der 6 Stunden werde ich unter keinen Umständen die Einsetzung der Scheiben durch Sie mehr zulassen, sondern Geldentschädigung verlangen, so kann man nicht sagen, daß der Gläubiger eventuell die angemessene Frist setzen wollte. Man wird demgemäß die Setzung einer zu kurzen Frist dann für unschädlich halten, wenn die Annahme gerechtfertigt ist, der die Frist Bestimmende habe die Frist nicht als eine absolut präklusivische setzen wollen, er wollte vielmehr, indem er z. B. eine Frist von 3 Tagen bestimmte, nur sagen: ich halte diese Frist für angemessen, sollte dies nicht der Fall sein, so nehme ich die Leistung auch noch innerhalb angemessener Frist an. Nur wo diese Auslegung unzulässig erscheint, ist die Fristbestimmung bei Unangemessenheit der Frist unwirksam. Uebrigens verlangt das Gesetz nicht, daß der die Frist Bestimmende sie nach ihrer Dauer genau festsetzt, es muß

bestimmen mit der Erklärung, daß er nach Ablauf der Frist die Herstellung ablehne. Erfolgt die Herstellung nicht rechtzeitig, so ist der Anspruch auf die Herstellung ausgeschlossen und der Gläubiger kann nur noch Ersatz in Geld fordern.[12])

d) Im Interesse des Schuldners ist endlich bestimmt, daß er, wenn die Herstellung unverhältnißmäßige Aufwendungen erfordert, den Gläubiger in Geld entschädigen kann (§ 251 Abs. 2)[13]).

5. Was den Einfluß des konkurrierenden Versehens des Beschädigten anbetrifft, so legt das Gesetz kein Gewicht darauf, ob der Grad des Versehens auf der einen oder auf der anderen Seite ein höherer ist, es überläßt vielmehr die Frage, ob beim Vorliegen eines Verschuldens auf Seiten des Beschädigten der Schuldner überhaupt, und in welchem Umfang er zum Schadensersatze verpflichtet ist, dem freien Ermessen des Richters, der die einzelnen Umstände des Falles und insbesondere zu berücksichtigen hat, ob der Schaden überwiegend von dem einen oder dem anderen Theile verursacht worden ist (§ 254). Im Einzelnen ist für die Anwendung des § 254 zu bemerken: § 254.

a) Auf Seiten des Beschädigten muß ein Verschulden vorliegen und zwar selbst dann, wenn die Schadensersatzpflicht an sich von einem Verschulden nicht abhängig ist[14]). Das Verschulden kann in einem positiven Thun oder auch darin bestehen, daß der Beschädigte es unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern, oder den Schuldner auf die diesem ohne sein Verschulden unbekannte Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens, — den an sich, wie oben bemerkt, der Schuldner auch ersetzen muß — aufmerksam zu machen. Das Verschulden seiner gesetzlichen Vertreter oder seiner Gehülfen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit — nämlich den Schaden abzuwenden, zu mindern, den Schuldner auf die erwähnte Gefahr aufmerksam zu machen — bedient, hat er wie sein eigenes Verschulden zu vertreten.

b) Das Verschulden des Beschädigten muß für die Entstehung des Schadens mit kausal gewesen sein. Ist der Schaden lediglich durch das Verschulden des Schuldners entstanden, so bleibt trotz eines etwaigen Verschuldens des Beschädigten die volle Schadensersatzpflicht des Schuldners bestehen, ebenso wie die Schadensersatzpflicht ganz wegfällt, wenn nur das Verschulden des Beschädigten den Schaden verursacht hat.

c) Wenn aus einer unerlaubten Handlung einem Dritten (§§ 844, 845, z. B. dem Unterhaltsberechtigten) ein Schadensersatzanspruch zusteht, so kommt

---

genügen, wenn er den anderen Theil auffordert, „innerhalb angemessener Frist" die Handlung vorzunehmen. Vergl. Schollmeyer Anm. 5 zu § 250, Planck Anm. 2 zu § 250, Oertmann Anm. 2 zu § 250, Dernburg a. a. O. A. M. Staub Exkurs zu § 374 Anm. 77, der annimmt, daß eine bestimmte Frist angegeben sein muß. Aber dem Erfordernisse der Bestimmtheit ist auch hier, wie sonst, genügt, wenn nur Bestimmbarkeit vorliegt.

[12]) Der Gläubiger kann übrigens auch nach § 283 verfahren.

[13]) Prozessualisch wird sich dieser Fall folgendermaßen gestalten: Gegen die Klage auf Herstellung macht Beklagter geltend, daß er in Geld entschädigen wolle, weil die Herstellung ihm unverhältnißmäßige Opfer auferlegen würde, und beweist dies auch. Bleibt Kläger trotzdem bei seinem Antrage, so ist die Klage abzuweisen; der Richter kann nicht statt der Herstellung auf Geldentschädigung erkennen, da in letzterer kein minus, sondern ein aliud liegt (§ 308 CPO.; Entsch. des RG. in der JW. von 1890 S. 25. Anders Schollmeyer Anm. 3 zu § 251, der den Beklagten auf eine Widerklage verweist). Richtet Kläger seinen Antrag auf Geldentschädigung, so liegt hierin, wenn Beklagter erst während des Prozesses sich zur Geldentschädigung erboten hat, keine unzulässige Klageänderung (§ 268 Ziffer 3 CPO.), denn die Veränderung des Herstellungsanspruchs in einen Geldersatzanspruch tritt erst mit dem Erbieten des Schuldners ein.

[14]) Z. B. in den Fällen der §§ 122, 867, 904, 912.

bei einem konkurrierenden Verschulden des unmittelbar Verletzten der § 254 auch auf den Anspruch des Dritten zur Anwendung (§ 846).

§ 255. 6. Hat Jemand für den Verlust einer Sache oder eines Rechtes aufzukommen, so kann er den Beschädigten nicht an den Dritten verweisen, gegen den ihm auf Grund des Eigenthums an der Sache oder auf Grund des Rechtes Ansprüche zustehen[15]). Er haftet vielmehr sofort auf Schadensersatz, kann aber verlangen, daß ihm dagegen die Ansprüche gegen den Dritten abgetreten werden (§ 255). Von selbst gehen die Ansprüche nicht auf ihn über. Die Abtretung hat Zug um Zug gegen den Schadensersatz zu erfolgen. Der Ersatzberechtigte braucht sich zwar in der Klage nicht zur Abtretung der Ansprüche zu erbieten, es ist vielmehr Sache des Beklagten, einredeweise das Recht aus § 255 geltend zu machen; thut er es aber, so darf die Verurtheilung zum Schadensersatze nur gegen Abtretung der Ansprüche erfolgen.

§ 76. Ersatz von Aufwendungen. Wegnahmerecht.

I. In zahlreichen Fällen[1]) ist derjenige, der Aufwendungen[2]) für einen Anderen gemacht hat, berechtigt, den Ersatz dieser Aufwendungen zu verlangen. Für diesen Anspruch giebt das Gesetz einige allgemeine Grundsätze:

§ 256. 1. Der Verpflichtete muß den aufgewendeten Betrag oder den zu ersetzenden Werth der aufgewendeten Gegenstände von der Zeit der Aufwendung an verzinsen. Denn der Ersatzberechtigte, der Aufwendungen aus seinem Vermögen gemacht hat, hat in Wirklichkeit auch die Nutzungen, die er von dem Aufgewendeten hätte ziehen können, mit aufgewendet[3]). Die Verpflichtung fällt jedoch für diejenige Zeit fort, während welcher der Ersatzberechtigte von dem Gegenstand, auf den er die Aufwendungen gemacht hat, die Nutzungen oder Früchte gezogen hat, falls ihm diese verbleiben, ohne daß er eine Vergütung für sie zu entrichten braucht[4]). Er erhält in diesem Falle Nutzungen von seinen Aufwendungen schon dadurch, daß er den Gegenstand sammt den Aufwendungen nutzt.

---

[15]) Beispielsweise kann der Verwahrer, der es verschuldet hat, daß die Sache verloren gegangen oder gestohlen worden ist, nicht verlangen, daß der Eigenthümer sich zuerst an den Finder oder den Dieb halte. — Der Grund, aus welchem der Ersatzpflichtige für den Verlust Schadensersatz zu leisten hat, ist gleichgültig. A. hat eine Sache bei einer Versicherungsgesellschaft gegen Feuersgefahr versichert. B. macht sich einer fahrlässigen Brandstiftung schuldig, in Folge deren die Sache verbrennt. Verlangt A. Ersatz von der Versicherungsgesellschaft, so kann sie die Abtretung des Anspruchs gegen B. auf Grund des § 255 verlangen. Fordert A. dagegen Schadensersatz von B., so kann B. nicht die Abtretung des Anspruchs gegen die Versicherungsgesellschaft verlangen, denn dieser Anspruch steht dem A. nicht „auf Grund des Eigenthums an der Sache", sondern auf Grund eines besonderen Vertragsverhältnisses zu. Vergl. Oertmann Anm. 2 und 4 zu § 255.

[1]) Z. B. §§ 304, 450, 633, 670, 683, 994 ff. S. die Zusammenstellung bei Neumann zu § 257.

[2]) Das Gesetz bedient sich bald des Ausdrucks Aufwendungen, bald des Ausdrucks Verwendungen. Daraus, daß letzterer Ausdruck regelmäßig in Verbindung mit den Worten auf die Sache, auf den Gegenstand, auf die Erbschaft gebraucht wird (§§ 450, 500, 547, 850, 994, 1049, 2125, 2381 Abs. 1), läßt sich entnehmen, daß Verwendungen ein engerer Begriff als Aufwendungen sind, und zwar solche Aufwendungen, die gemacht sind, um einen Gegenstand zu erhalten oder zu verbessern.

[3]) Vergl. KB. S. 36. Der § 256 ist vom Reichstag eingefügt.

[4]) Dies ist z. B. bei Verwendungen der Fall, die der Nießbraucher in Gemäßheit des § 1049, der Vorerbe in Gemäßheit des § 2125, der Besitzer, der den Besitz redlich und entgeltlich erlangt hat, bis zur Rechtshängigkeit (§§ 994, 987 ff.) gemacht hat. Hat z. B. Jemand eine gestohlene Sache entgeltlich erworben und vor der Rechtshängigkeit Verwendungen auf sie gemacht, so kann er für die Zeit von der Verwendung bis zur

2. Ist die Aufwendung dadurch gemacht worden, daß der Ersatzberechtigte eine Verbindlichkeit eingegangen ist, so kann er die Befreiung von dieser Verbindlichkeit von dem Ersatzpflichtigen verlangen. Dieser kann jedoch, wenn die Verbindlichkeit noch nicht fällig ist, sich von seiner Befreiungspflicht dadurch befreien, daß er dem Berechtigten Sicherheit für diejenigen Ansprüche leistet, die aus der Verbindlichkeit gegen ihn erhoben werden können[5]). § 257.

II. In zahlreichen Fällen[6]) ist derjenige, der verpflichtet ist, einem Anderen eine Sache herauszugeben, berechtigt, eine Einrichtung, mit der die herauszugebende Sache versehen worden ist, wegzunehmen. Dieses Wegnahmerecht gestaltet sich verschieden, wenn der Berechtigte noch den Besitz der herauszugebenden Sache hat, und wenn der Andere bereits den Besitz der Sache erlangt hat. Im ersteren Falle kann der Berechtigte das Wegnahmerecht selbst ausüben, ohne daß es der Mitwirkung oder der Zustimmung des Anderen bedarf, er muß aber die Sache auf seine Kosten wieder in denjenigen Stand setzen, in dem sie sich befand, bevor sie mit der Einrichtung versehen wurde. Im letzteren Falle[7]) ist zur Wegnahme der Einrichtung die Gestattung des Anderen erforderlich; dieser ist zur Gestattung verpflichtet, kann sie jedoch so lange verweigern, bis ihm für den Schaden, der mit der Wegnahme verbunden ist, Sicherheit geleistet wird. — Die Frage, ob derjenige, der die Einrichtung vorgenommen hat, zur Wegnahme auch verpflichtet ist, richtet sich nach dem zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnisse. § 258.

§ 77. Rechenschaftsablegung. Auskunftsertheilung. Offenbarungseid.

I. 1. Zahlreiche Schuldverhältnisse begründen die Verpflichtung, einem Anderen Rechenschaft abzulegen[1]). Welches der Inhalt dieser Verpflichtung ist, ist im Gesetze nicht allgemein vorgeschrieben und konnte nicht vorgeschrieben werden, da die Frage, was der Verpflichtete zu thun hat, um seiner Verpflichtung zur Rechenschaftsablegung nachzukommen, nur nach Lage des einzelnen Falles entschieden werden kann.[2]). Nur in dem Falle, daß die Ver- § 259 Abs. 1.

Rechtshängigkeit keine Zinsen verlangen, da ihm für diese Zeit die Nutzungen verbleiben (§ 993), wohl aber von der Rechtshängigkeit an, da er die nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit gezogenen Nutzungen herausgeben muß (§ 987).

[5]) Dieses Recht mußte dem Verpflichteten deswegen gegeben werden, weil er bei einer nicht fälligen Schuld häufig nicht in der Lage sein wird, den Berechtigten zu befreien. Vergl. M. II S. 542. Auch würde dies häufig seinem Interesse widersprechen. A. hat dem B. den Auftrag ertheilt, für ihn im eigenen Namen eine Sache zu kaufen. B. hat die Sache gekauft und sich verpflichtet, den Kaufpreis in drei Monaten zu zahlen. B. kann sofort von A. verlangen, daß dieser ihn von der Schuld befreie. Es wäre aber unbillig, wenn A. gezwungen würde, den Kaufpreis schon jetzt an den Verkäufer zu zahlen. Deshalb muß B. sich damit zufrieden geben, daß A. ihm Sicherheit leistet.

[6]) Die wichtigsten Fälle sind: § 500 (der Wiederverkäufer), § 547 Abs. 2 (der Miether), § 601 Abs. 2 (der Entleiher), § 997 (der Besitzer; jedoch gelten hier Sondervorschriften), § 1049 Abs. 2 (der Nießbraucher), § 1216 (der Pfandgläubiger), § 2125 (der Vorerbe).

[7]) Es ist hierbei gleichgültig, auf welche Weise der Andere den Besitz erlangt hat. Dadurch, daß der Wegnahmeberechtigte die Sache mit der Einrichtung freiwillig herausgiebt, verliert er das Wegnahmerecht nicht. Vergl. Schollmeyer zu § 258.

[1]) Die wichtigsten Fälle sind: § 666 (Auftrag; vergl. auch § 27 Abs. 3), § 681 (Geschäftsführung ohne Auftrag), § 713 (Gesellschaft), § 1214 (antichretisches Pfandrecht), § 1421 (Verwaltung des Ehemanns, vergl. auch § 1546), § 1681 (Verwaltung des gesetzlichen Vertreters, vergl. §§ 1890, 1915); vergl. ferner §§ 1978, 2130, 2218.

[2]) Vergl. M. II S. 537.

pflichtung zur Rechenschaftsablegung sich auf eine Verwaltung bezieht, welche mit Einnahmen und mit Ausgaben oder auch nur mit einem von beiden verbunden ist, ist der Inhalt der Verpflichtung geregelt, und zwar dahin, daß die Rechenschaftsablegung in einer Rechnungslegung[3]) zu bestehen hat: der Verpflichtete muß dem Berechtigten eine Rechnung, die eine geordnete Aufstellung der einzelnen Einnahmen und Ausgaben aufweist, mittheilen. Die Erfüllung dieser Verpflichtung kann gegen den Verpflichteten im Prozeßwege geltend gemacht und durch Zwangsvollstreckung (§ 888 CPO.) erzwungen werden[4]).

2. Inwieweit der Schuldner verpflichtet ist, Belege vorzulegen, hängt von der Verkehrssitte ab. Wenn er hiernach auch nicht verpflichtet ist, für jede geringfügige Ausgabe einen Beleg beizubringen, so befreit ihn dies doch nicht von der Beweispflicht[5]). Während die Rechnung dem Berechtigten mitzutheilen ist, sind die Belege ihm zum Zwecke der Rechenschaftsablegung nur vorzulegen. Ob er auch die Aushändigung der Belege verlangen kann, hängt von dem zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältniß ab.

§ 260 Abs. 1. II. Von der Verpflichtung zur Rechnungslegung verschieden ist die Verpflichtung, Jemandem ein Verzeichniß des Bestandes eines Inbegriffs von Gegenständen vorzulegen. Diese Verpflichtung trifft jeden, der einem Anderen einen solchen Inbegriff herausgeben[6]) oder über einen solchen Inbegriff Auskunft ertheilen muß[7]). Ist derjenige, der einen Inbegriff herauszugeben oder über einen solchen Auskunft zu ertheilen hat, auch zur Rechenschaftsablegung verpflichtet, so muß er sowohl Rechnung legen als auch ein Bestandsverzeichniß vorlegen[8]). Unter einem Inbegriff im Sinne des § 260 ist nicht nur die sog. Gesammtheit zu verstehen, die mit einem gemeinschaftlichen Namen bezeichnet zu werden pflegt, sondern jede Mehrheit von Sachen oder Rechten[9]).

---

[3]) Rechenschaftsablegung und Rechnungslegung bedeuten nicht, wie Oertmann (Anm. 1 zu § 259) annimmt, dasselbe. Der erstere Begriff ist ein weiterer: Die Rechnungslegung ist die Art und Weise, wie man in bestimmten Fällen seiner Pflicht zur Rechenschaftsablegung nachkommt.

[4]) Bleiben die Zwangsmaßregeln erfolglos, so kann der Gläubiger die Leistung des Interesses (§ 893 CPO.) verlangen. Er kann auch nach § 283 prozedieren, also ohne vorherige Vollstreckungsversuche Schadensersatz nach Ablauf der gesetzten Frist verlangen. Die Frist kann auch gleich im Urtheile bestimmt werden (§ 255 CPO.). Im Uebrigen ist zu bemerken, daß es nur ein Recht des Gläubigers ist, Rechnungslegung zu verlangen, er kann auch ohne eine solche seine Ansprüche aus dem Schuldverhältnisse geltend machen; der Schuldner kann einer solchen Klage nicht den Einwand entgegensetzen, er hätte erst auf Rechnungslegung belangt werden müssen. ROHG. Bd. 12 S. 366. Ueber das Recht des Gläubigers, mit der Klage auf Rechnungslegung die Klage auf Herausgabe der geschuldeten Leistung zu verbinden vergl. § 254 CPO.

[5]) Eine dem § 220 I, 17 ALR. entsprechende Vorschrift, daß bei Posten, deren Verwendung nach den Umständen wahrscheinlich ist, für welche aber ein Beleg nicht ohne Schwierigkeit beigebracht werden kann, eine eidesstattliche Versicherung genügt, kennt das Gesetz nicht. Die vernünftige Anwendung des § 286 CPO. wird aber zu befriedigenden Resultaten führen.

[6]) Es ist zu beachten, daß „herausgeben" nach der Terminologie des BGB. sich sowohl auf dingliche, wie auf persönliche Ansprüche jeder Art bezieht. Herausgeben bedeutet sowohl restituere, wie tradere.

[7]) Vergl. §§ 1374, 1891, 2011, 2027, 2057, 2127. Nicht unter § 260 fällt die dem Inhaber der elterlichen Gewalt im § 1640 auferlegte Verpflichtung.

[8]) Das wird in den in Anm. 1 erwähnten Fällen zutreffen. Die Verpflichtung des § 260 allein trifft z. B. denjenigen, der sich verpflichtet, sein Vermögen einem Anderen zu übertragen (§ 311), und den Erbschaftsverkäufer (§ 2374). — Auch für den Fall des § 260 gilt die Vorschrift des § 254 CPO.

[9]) Vergl. M. II S. 894.

III. 1. Da der Berechtigte in der Regel nicht in der Lage ist, aus eigener Kenntniß festzustellen, ob die Einnahmen in der ihm gelegten Rechnung (259 Abs. 1)[10] oder das Bestandsverzeichniß (260 Abs. 1) vollständig ist, so ist dem Berechtigten der materiellrechtliche Anspruch gegeben, von dem Verpflichteten die Leistung des Offenbarungseids zu verlangen[11]. Dieses Recht ist jedoch von der Voraussetzung abhängig, daß der Berechtigte Umstände darthut, welche die Annahme rechtfertigen, daß die Angabe über die Einnahmen oder über den Bestand des Inbegriffs nicht mit der erforderlichen Sorgfalt gemacht sind. Die Beweislast für das Vorliegen solcher Umstände trifft den Berechtigten, man wird aber auch dem Verpflichteten die Befugniß nicht nehmen können, gegenbeweislich darzuthun, daß er die erforderliche Sorgfalt angewendet habe. Das nöthigt zu der Annahme, daß der Verpflichtete durch den Nachweis, daß er alle Einnahmen und alle Bestandtheile des Inbegriffs angegeben habe, sich von der Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseids befreien kann.[12])

§§ 259 Abs. 2, 3, 260 Abs. 2, 3.

2. Die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseids fällt in Angelegenheiten von geringer Bedeutung fort. Ob es sich um eine solche Angelegenheit handelt, wird im wesentlichen von den persönlichen und vermögensrechtlichen Verhältnissen des Berechtigten abhängen.

3. Ist der Beklagte zur Leistung des Offenbarungseids verurtheilt,[13]) so erfolgt die Zwangsvollstreckung in Gemäßheit des § 888 CPO.[14]) Die Leistung des Eides erfolgt vor dem Prozeßgericht erster Instanz (§ 889 CPO.) und zwar auch dann, wenn der Schuldner nunmehr zur Leistung des Eides bereit ist, es also einer Zwangsvollstreckung garnicht bedarf. Hat eine Verurtheilung nicht stattgefunden, soll vielmehr der Eid freiwillig geleistet werden, so ist die Leistung des Eides eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit.[15]) Zuständig ist das Amtsgericht desjenigen Ortes, welches nach dem zwischen den Parteien

§ 261.

---

[10]) Die Manifestationspflicht besteht nicht bei jeder Rechenschaftsablegung, sondern nur in den Fällen, in denen nach der Vorschrift des § 259 eine Rechnung zu legen ist. Auch bezieht in diesem Falle der Eid sich nur auf die Vollständigkeit der über die Einnahmen gemachten Angaben. Sind die Ausgaben unvollständig angegeben, so trifft der Nachtheil den Verpflichteten, der Berechtigte hat also an der vollständigen Angabe in der Regel kein Interesse. Auch daß die Belege vollständig vorgelegt seien, braucht nicht beschworen zu werden. Prot. II S. 783 ff.

[11]) Zur Leistung des Offenbarungseids sind ferner nach Sondervorschriften verpflichtet: wer sich zur Zeit des Erbfalls mit dem Erblasser in häuslicher Gemeinschaft befunden hat (§ 2028), der zur Ausgleichung verpflichtete Miterbe (§ 2057) und der Erbe, der das Inventar errichtet hat auf Verlangen eines Nachlaßgläubigers (§ 2006). In dem letzten Falle kommen die in dem § 260 vorgeschriebenen Beschränkungen der Eidespflicht nicht zur Anwendung.

[12]) Aehnlich Schollmeyer Anm. 6 zu § 259. Abweichend Dernburg II § 39 unter 9 in Uebereinstimmung mit M. II S. 894, es ist jedoch zu beachten, daß § 777 E. I die in den §§ 259 Abs. 2, 260 Abs. 2 vorgeschriebene Voraussetzung der Eidespflicht nicht enthalten hat.

[13]) Die in den §§ 259, 260 vorgeschriebene Eidesnorm ist nicht obligatorisch. Das Gericht kann sie den Umständen entsprechend ändern. § 261 Abs. 2. Das gilt sowohl für das Urtheil, als auch für den Fall, daß die Eidesleistung ohne Urtheil freiwillig erfolgt. Ein Antrag auf Aenderung der Eidesnorm ist nicht vorgeschrieben, das Gericht hat auch ohne Antrag die sachgemäße Norm anzuordnen.

[14]) Auch diese Zwangsvollstreckung braucht der Berechtigte nicht zu betreiben, er kann vielmehr nach Maßgabe des § 283 Schadensersatz fordern. Vergl. Anm. 4.

[15]) Dies ist solange der Fall, als kein Urtheil auf Leistung des Eides ergangen ist, auch wenn im Laufe des Prozesses der Verpflichtete den Eid zu leisten bereit ist oder wenn er sich durch Vergleich dazu verpflichtet. Denn die Zuständigkeit des Prozeßgerichts ist nach § 889 CPO. nur gegeben, wenn der Schuldner zur Eidesleistung verurtheilt ist. Vergl. Rausnitz Anm. 4 zu § 163.

bestehenden Rechtsverhältnisse für die Verpflichtung des Schuldners zur Rechnungslegung oder Vorlegung des Bestandsverzeichnisses der Erfüllungsort ist. Jedoch kann der Verpflichtete, wenn er seinen Wohnsitz oder seinen Aufenthalt im Inlande hat, den Eid vor dem Amtsgerichte des Wohnsitzes oder des Aufenthaltsorts leisten.[16])

4. Da die Leistung des Offenbarungseids im Interesse des Berechtigten erfolgt, hat er die durch die Abnahme des Eides entstehenden Kosten zu tragen. Dies gilt sowohl, wenn der Verpflichtete den Eid freiwillig leistet, als auch wenn die Eidesleistung auf Grund eines gerichtlichen Urtheils erfolgt[17]).

§ 78. Das Wahlschuldverhältniß.

§ 262. 1. Ein Wahlschuldverhältniß liegt vor, wenn mehrere Leistungen, von denen nur eine zu bewirken ist, geschuldet werden. Bis zur Entscheidung bilden sämmtliche Leistungen den Gegenstand des Schuldverhältnisses. Vom Wahlschuldverhältnisse zu unterscheiden ist der Fall, daß nur eine Leistung geschuldet wird, der Schuldner aber das Recht hat, sich durch eine andere Leistung zu befreien.[1]) Auf diesen Fall sind die §§ 262 ff. nicht anzuwenden. Dagegen liegt ein Wahlschuldverhältniß auch dann vor, wenn zwar nur eine Leistung geschuldet wird, diese aber zu verschiedenen Zeiten oder an verschiedenen Orten (z. B. weil der Schuldner mehrere Wohnsitze hat), oder sonst in verschiedener Weise bewirkt werden kann.

2. Das Wahlrecht steht im Zweifel dem Schuldner zu[2]). Ist durch Rechtsgeschäft die Wahl einem Dritten übertragen, so kommen die Vorschriften der §§ 317—319 zur Anwendung. Das Wahlrecht ist an die Person des Wahlberechtigten nicht gebunden, geht vielmehr als Theil des Schuldverhältnisses auf den Universal- und Singular-Successor über.

§ 263. 3. Die Wahl ist ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft; sie muß dem anderen Theile gegenüber erklärt werden. Die Erklärung kann ausdrücklich oder stillschweigend, z. B. durch Leistung, auch Theilleistung, erfolgen.[3]) Sie ist unwiderruflich und hat die Wirkung, daß die gewählte Leistung als die von Anfang an allein geschuldete gilt.[4])

---

[16]) Das Verfahren regeln die §§ 163, 79 RFG. Die Bestimmung des Termins kann sowohl von dem Berechtigten, als von dem Verpflichteten beantragt werden. Zu dem Termine sind beide Theile von Amtswegen zu laden. Bleibt das Verfahren erfolglos, sei es, daß der Schuldner die Eidesleistung verweigert oder daß er im Termine nicht erscheint, so bleibt dem Berechtigten nur der Prozeßweg. Indeß kann der Schuldner, solange kein Urtheil gegen ihn ergangen ist, jederzeit die Bestimmung eines Termins zur Eidesleistung nach § 79 RFG. beantragen.

[17]) Prot. II S. 791, 792 (A. M. Oertmann Anm. 3 zu § 261). Für den letzteren Fall ist aber besonders zu beachten, daß die Vorschrift sich nur auf diejenigen Kosten bezieht, welche dadurch entstehen, daß das Gericht dem Schuldner den Eid abnimmt. Die Kosten der Zwangsvollstreckung, insbesondere derjenigen Maßregeln, durch welche nach § 888 CPO. die Handlung der Eidesleistung erzwungen wird, fallen nach § 788 CPO. dem Schuldner zur Last.

[1]) Sog. facultas alternativa. Eine solche liegt beispielsweise vor in den Fällen der §§ 251 Abs. 2, 257 Satz 2 (vergl. oben § 76 Anm. 5), 1973 Abs. 2 Satz 2, 1992, 2329 Abs. 2.

[2]) Ueber das Wahlvermächtniß s. § 2154.

[3]) Vorausgesetzt, daß die Leistung in Kenntniß des Wahlrechts erfolgt ist. Hat der Schuldner geleistet, ohne von dem Wahlrechte Kenntniß zu haben, so ist die Wahl noch nicht erfolgt. Wählt er eine andere Leistung, so kann er das Geleistete als von Anfang an nicht geschuldet zurückfordern. Vergl. E. I § 208 Abs. 2, M. II S. 7, Prot. I S. 282.

[4]) Im Gegensatze zur Gattungsschuld, bei welcher eine solche Rückbeziehung nicht stattfindet. § 243 Abs. 2.

4. Steht dem Schuldner die Wahl zu, so muß der Gläubiger alternativ klagen. Einen Anspruch darauf, daß der Schuldner das Wahlrecht ausübe, hat er nicht, denn Gegenstand des Schuldverhältnisses sind die Leistungen und nicht die Vornahme der Wahl. Das Wahlrecht geht dem Schuldner durch seinen Verzug nicht verloren, steht ihm vielmehr noch in der Zwangsvollstreckung zu. Zwar kann der Gläubiger, wenn der Schuldner nicht vor dem Beginne der Zwangsvollstreckung gewählt hat, seinerseits wählen, auf welche der Leistungen er die Vollstreckung richten will, der Schuldner kann sich jedoch immer noch durch eine der anderen Leistungen befreien[5]), so lange der Gläubiger nicht die von ihm gewählte Leistung ganz oder zum Theil empfangen hat (§ 264).[6]) Auf die Wahl des Gläubigers kommen die Vorschriften des § 263 zur Anwendung; sie muß dem anderen Theile gegenüber erklärt werden[7]) und konzentriert das Schuldverhältniß mit rückwirkender Kraft auf die gewählte Leistung. § 264.

5. Steht dem Gläubiger die Wahl zu, so kann, wenn er im Verzug ist (§§ 295, 296)[8]), der Schuldner ihn zur Vornahme der Wahl unter Bestimmung einer angemessenen Frist auffordern; nimmt der Gläubiger die Wahl nicht rechtzeitig vor, so geht mit dem Ablaufe der Frist das Wahlrecht auf den Schuldner über (§ 264 Abs. 2).

6. Ist eine der Leistungen von Anfang an unmöglich, so konzentriert sich das Schuldverhältniß auf die übrigen Leistungen. Wer bei der Schließung des Vertrags die Unmöglichkeit der einen Leistung kannte oder kennen mußte, muß dem anderen Theile das negative Vertrags-Interesse ersetzen, d. h. den Schaden, den er dadurch erleidet, daß er auf die Möglichkeit der Wahl gerechnet hat und demgemäß verfahren ist, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, das er an der Wahl hat[9]) (§ 307 Abs. 2). § 265.

---

[5]) Nicht mehr durch bloße Erklärung in Gemäßheit des § 263 kann der Schuldner die Wahl ausüben, er muß vielmehr eine der anderen Leistungen thatsächlich bewirken. Das Schuldverhältniß hat also eine Veränderung erfahren: es hat mit dem Beginne der Zwangsvollstreckung aufgehört, ein Wahlschuldverhältniß zu sein. Geschuldet wird nur noch die vom Gläubiger gewählte Leistung, dem Schuldner steht aber eine facultas alternativa zu. Es ist diese Konstruktion von Wichtigkeit für die Anwendung des § 265. Sobald die Zwangsvollstreckung begonnen hat, kann § 265 nicht mehr Platz greifen, denn es liegt ein Wahlschuldverhältniß nicht mehr vor. Wird also nach dem Beginne der Zwangsvollstreckung die vom Gläubiger gewählte Leistung unmöglich, so kann er nicht auf die anderen Leistungen zurückgreifen, es treten vielmehr die regelmäßigen Wirkungen der nachträglichen Unmöglichkeit ein.

[6]) Auch mit der Empfangnahme der gewählten Leistung durch den Gerichtsvollzieher, als den Vertreter des Gläubigers (RG. Bd. 16 S. 396 ff.), ist das Wahlrecht des Schuldners beseitigt.

[7]) Die Wahl ist also mit dem Auftrag an den Gerichtsvollzieher noch nicht vollzogen, der Gläubiger kann seinen Auftrag noch immer auf eine andere Leistung richten; sobald aber dem Schuldner mitgetheilt worden ist, auf welche Leistung der Gläubiger seinen Vollstreckungsauftrag gerichtet hat, ist auch der Gläubiger an seinen Auftrag gebunden.

[8]) Ist für die Ausübung der Wahl durch den Gläubiger keine Zeit nach dem Kalender bestimmt (§ 296), so muß der Gläubiger, bevor die Frist nach § 264 Abs. 2 bestimmt werden kann, in Gemäßheit des § 295 in Verzug gesetzt werden; der Schuldner muß also zunächst durch Verbaloblation oder dadurch, daß er den Gläubiger auffordert, die Wahl vorzunehmen, den Verzug des Gläubigers herbeiführen und nun erst kann er nach § 264 Abs. 2 prozedieren.

[9]) Z. B.: A. verkauft dem B. zwei diesem bekannte Pferde, von denen der Käufer eins wählen soll, Kaufpreis 500 Mark. Das eine Pferd existiert jedoch beim Kaufabschlusse nicht mehr, was A. weiß, B. jedoch nicht: der Vertrag ist gültig und zwar ist Gegenstand des Vertrags das Pferd, welches noch vorhanden war. A. hat darauf gerechnet, das andere Pferd wählen zu können, er hat dieses bereits für 600 Mark weiterverkauft und muß, da er es nicht liefern kann, eine Entschädigung von 70 Mark zahlen; diese 70 Mark — nicht

7. Wird eine der Leistungen später unmöglich, so tritt gleichfalls die Beschränkung des Schuldverhältnisses auf die übrigen Leistungen ein, mag die Unmöglichkeit durch Zufall[10]) oder durch eigenes Verschulden des Wahlberechtigten eingetreten sein, denn im letzteren Falle hat er es sich selber zuzuschreiben, daß er auf die noch möglichen Leistungen beschränkt wird. Hat aber der Gegner des Wahlberechtigten die Unmöglichkeit zu vertreten, so kann man dem Wahlberechtigten die Beschränkung auf die noch möglichen Leistungen nicht zumuthen. Es tritt daher in diesem Falle keine Beschränkung ein, der Wahlberechtigte behält vielmehr sein Wahlrecht und kann auch die unmöglich gewordene Leistung wählen. Es ist demgemäß zu unterscheiden:

a) Hat der wahlberechtigte Gläubiger oder Schuldner die Unmöglichkeit einer der Leistungen zu vertreten, so konzentriert sich das Schuldverhältniß auf die übrigen Leistungen.

b) Steht dem Gläubiger die Wahl zu und hat der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten, so tritt keine Konzentration ein. Der Gläubiger kann auch die unmöglich gewordene Leistung wählen und in Gemäßheit des § 280 vom Schuldner den durch die Nichterfüllung entstehenden Schaden ersetzt verlangen.

c) Steht dem Schuldner die Wahl zu und hat der Gläubiger die Unmöglichkeit zu vertreten, so tritt gleichfalls keine Beschränkung ein. Der Schuldner kann auch die unmögliche Leistung wählen; er ist dann in Gemäßheit des § 275 von der Verpflichtung frei und behält das Recht auf die Gegenleistung (§ 324), unter Berücksichtigung des § 281.

§ 79. Leistung durch Dritte.

§ 267. I. Wenn auch das Schuldverhältniß für den Gläubiger das Recht begründet, von dem Schuldner die Leistung zu fordern, so kann doch in der Regel auch ein Dritter die Leistung bewirken[1]), ohne daß hierzu die Einwilligung des Schuldners erforderlich ist. Der Gläubiger muß somit die von dem Dritten angebotene Leistung annehmen, widrigenfalls er in Annahme-Verzug geräth. Ausnahmen treten ein:

1. wenn nach der Natur des Schuldverhältnisses es bei den Leistungen auf die Persönlichkeit des Schuldners ankommt[2]);

2. wenn der Schuldner der Leistung durch einen Dritten widerspricht. In

---

die 100, die er verdient hätte, — kann er von A. ersetzt verlangen. Müßte er eine Entschädigung von 150 Mark zahlen, so könnte er nicht diese ganze Summe, sondern nur 100 Mark von A. ersetzt verlangen.

[10]) Im Gegensatze zum preuß. Rechte (ALR. §§ 33 ff. I 11) wird also die Möglichkeit der Ausübung der Wahl nicht als so wesentlich betrachtet, daß dem Wahlberechtigten ein Rücktrittsrecht gegeben wird, wenn ihm diese Möglichkeit durch Zufall genommen wird. M. II S. 9, Prot. I S. 284, 285.

[1]) Aber nur zur Bewirkung der Leistung, zur Erfüllung im engeren Sinne (§ 362 ff.), ist ein Dritter befugt. Durch Aufrechnung mit einer ihm gegen den Gläubiger zustehenden Forderung kann er den Gläubiger nicht befriedigen. Aus der Vorschrift des § 268 Abs. 2 muß entnommen werden, daß der Dritte auch nicht zur Hinterlegung (§ 372 ff.) berechtigt ist. Das Verhältniß gestaltet sich daher folgendermaßen: Nimmt der Gläubiger die ihm von dem Dritten gehörig angebotene Leistung nicht an, so kommt er dadurch dem Schuldner gegenüber in Verzug und dieser ist zur Hinterlegung berechtigt. Hinterlegt der Dritte, so kann der auf Erfüllung belangte Schuldner weder geltend machen, daß er befreit sei (§ 378), noch den Gläubiger auf die hinterlegte Sache verweisen (§ 379).

[2]) Bei dem Dienstvertrage (§ 613), dem Auftrage (§§ 664, 27, 713, 2218), dem Verwahrungsvertrage (§ 691) stellt das Gesetz die Auslegungsregel auf, daß der Schuldner in Person zu leisten hat.

diesem Falle ist der Gläubiger berechtigt, die von dem Dritten angebotene Leistung abzulehnen. Jedoch ist dies nur ein Recht des Gläubigers. Er kann die Leistung auch annehmen, sodaß der Schuldner sogar gegen seinen Willen befreit wird.

Welche Ansprüche dem Dritten in Folge der Bewirkung der Leistung gegen den Schuldner zustehen, ergiebt sich aus dem zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisse [3]). Die getilgte Forderung geht nicht auf ihn über, auch hat er nicht das Recht, von dem Gläubiger Abtretung der Forderung zu verlangen [4]).

§ 268.

II. Während nach der Vorschrift des § 267 jeder Dritte für befugt erklärt wird, den Gläubiger im Interesse des Schuldners zu befriedigen und ihn so von seiner Schuld zu befreien, ist gewissen Personen in ihrem eigenen Interesse [5]), um sie vor einem drohenden Verluste zu schützen, das selbständige Recht gegeben, den Gläubiger zu befriedigen, um ihn dadurch von weiteren Maßregeln, aus denen ihnen ein Nachtheil erwachsen könnte, abzuhalten.

1. Das Ablösungsrecht steht demjenigen zu, der ein Recht an einem dem Schuldner gehörigen [6]) Gegenstand oder den unmittelbaren oder mittelbaren Besitz einer dem Schuldner gehörigen Sache hat, falls der Gläubiger in diesen Gegenstand die Zwangsvollstreckung betreibt und der Dritte dadurch Gefahr läuft, sein Recht oder seinen Besitz zu verlieren. Das Ablösungsrecht ist somit nur dem gegeben, dem an der Sache, in welche die Zwangsvollstreckung betrieben wird, ein dingliches Recht, oder an der Forderung, aus welcher der Gläubiger sich befriedigen will, Pfandrecht oder Nießbrauch zusteht. Der bloß obligatorisch Berechtigte hat das Ablösungsrecht nur dann, wenn er Besitzer der Sache ist [7]).

2. Vorausgesetzt ist ferner, daß der Gläubiger die Zwangsvollstreckung in den Gegenstand bereits betreibt, d. h. eine Maßregel ergriffen hat, welche sich unmittelbar auf diesen Gegenstand bezieht [8]). In gewissen Fällen ist diese Voraussetzung erleichtert: bei einem Grundstücke kann das Ablösungsrecht von dem Berechtigten schon dann ausgeübt werden, wenn der Hypotheken- oder Grund-

---

[3]) Vergl. §§ 670 (Auftrag), 683 ff. (Geschäftsführung ohne Auftrag), 812 ff. (Bereicherung). Für den Fall, daß eine Schenkung beabsichtigt war, kommt § 516 Abs. 2 zur Anwendung.

[4]) Eine dem § 46 I 16 ALR. („Ueberhaupt tritt in der Regel der Zahlende gegen den Schuldner . . . in die Rechte des bezahlten Gläubigers") entsprechende Vorschrift ist dem BGB. fremd.

[5]) Da das Befriedigungsrecht des § 268 dem Dritten in seinem Interesse gegeben ist, so kann der Schuldner es nicht durch seinen Widerspruch vereiteln; § 267 Abs. 2 kommt im Falle des § 268 nicht zur Anwendung.

[6]) Die vom Gesetz aufgestellte Voraussetzung, daß es sich um einen dem Schuldner gehörigen Gegenstand handeln müsse, ist selbstverständlich. Gehört der Gegenstand, in welchen der Gläubiger die Zwangsvollstreckung vornimmt, nicht dem Schuldner, sondern einem Dritten, so bedarf es nicht des Befriedigungsrechts, es kann vielmehr die Zwangsvollstreckung mit den in der CPO. gegebenen Mitteln beseitigt werden.

[7]) So steht z. B. dem Käufer eines Gegenstandes, wenn ein Gläubiger des Verkäufers in diesen Gegenstand Zwangsvollstreckung vornimmt, das Recht des § 268 nicht zu. A. M. Endemann I § 136 Anm. 14 (ohne Angabe von Gründen). Dagegen haben das Recht insbesondere der Miether und der Pächter eines Grundstücks, wenn sie den Besitz erlangt haben.

[8]) Bei der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen muß Pfändung (§ 803 CPO.) vorliegen. Jedoch ist nicht erforderlich, daß die Sache selbst gepfändet wird, es genügt auch die Pfändung des Anspruchs auf Herausgabe der Sache in Gemäßheit des § 847 CPO.

schuldgläubiger die Befriedigung aus dem Grundstücke, sei es auch nur außergerichtlich, verlangt (§ 1150); bei einer verpfändeten beweglichen Sache kann dem Pfandgläubiger gegenüber von einem dinglich Berechtigten, der sein Recht durch die Veräußerung des Pfandes verlieren würde (vergl. § 1242), das Ablösungsrecht sogar schon dann geltend machen, wenn der Pfandschuldner berechtigt ist, an den Gläubiger zu leisten, wenn dieser auch die Befriedigung aus der Sache noch gar nicht verlangt hat (§ 1249).

3. Fernere Voraussetzung für das Ablösungsrecht ist, daß der Berechtigte Gefahr läuft[9]), durch die Zwangsvollstreckung sein Recht an dem Gegenstand oder seinen Besitz der Sache zu verlieren. Das Ablösungsrecht ist ihm infolge dessen nicht gegeben, wenn sein Recht oder sein Besitz durch die Zwangsvollstreckung nicht berührt wird. Bei der Zwangsversteigerung eines Grundstücks steht somit das Befriedigungsrecht insbesondere denjenigen nicht zu, deren Recht nach § 52 ZVG. deswegen bestehen bleibt, weil es bei der Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigt worden ist[10]). Bei der Zwangsvollstreckung in bewegliche Sachen kommt in Betracht, daß Sachen, die sich im Gewahrsam eines Dritten befinden, nicht gepfändet werden können, wenn der Dritte zur Herausgabe nicht bereit ist. (§ 809 CPO.) Ein Verlust durch die Zwangsvollstreckung wird daher in der Regel nur demjenigen Berechtigten drohen, der keinen Gewahrsam an der Sache hat[11]).

4. Das Recht des Dritten besteht darin, daß er berechtigt ist, den Gläubiger zu befriedigen. Wenn die Voraussetzungen der Hinterlegung (§ 372) vorliegen, kann die Befriedigung auch durch Hinterlegung erfolgen; die Befriedigung ist erst dann eingetreten, wenn die Rücknahme der hinterlegten Sache ausgeschlossen ist (§ 378). Der Dritte kann endlich den Gläubiger auch dadurch befriedigen, daß er mit einer ihm gegen den Gläubiger zustehenden Forderung aufrechnet.

5. Die Wirkung der Befriedigung ist, daß die Forderung des Gläubigers

---

[9]) Hieraus folgt, daß das Befriedigungsrecht, welches zwar in jedem Stadium der Zwangsvollstreckung ausgeübt werden kann, mit dem Augenblick erlischt, in dem der Verlust eingetreten, also insbesondere die Veräußerung des Gegenstandes erfolgt ist.

[10]) Wenn ein persönlicher Gläubiger die Zwangsversteigerung des Grundstücks betreibt, so kann das Ablösungsrecht nur demjenigen dinglichen Gläubiger zustehen, welcher nach der Beschlagnahme des Grundstücks eingetragen worden ist, (§ 10 Nr. 6 ZVG.), ferner den Gläubigern, denen die im § 10 Nr. 7 und 8 ZVG. erwähnten Rückstände zustehen, endlich insbesondere dem Miether und Pächter. Auf das dem persönlichen Gläubiger gegenüber geltend gemachte Ablösungsrecht kommt nicht § 1150, sondern § 268 zur Anwendung.

[11]) A. hat eine bewegliche Sache dem B. vermiethet, X., ein Gläubiger des A., pfändet dessen Anspruch auf Herausgabe der Sache; dem B. steht das Recht des § 268 nicht zu. Zwar ist er Besitzer der Sache, er läuft aber nicht Gefahr, den Besitz zu verlieren, da er die Sache nicht eher herauszugeben braucht, als bis sein Miethrecht erloschen ist. — A. hat eine bewegliche Sache dem B. nach § 1205 Abs. 1 und sodann dem C. nach § 1205 Abs. 2 verpfändet. Dem C. steht dem B. gegenüber das Befriedigungsrecht zu, da bei der Veräußerung des Pfandes durch B. das Pfandrecht des C. nach § 1242 Abs. 2. erlischt. — A. hat eine bewegliche Sache seines Schuldners pfänden lassen, B. läßt dieselbe Sache pfänden (§ 826 CPO.); dem B. steht dem A. gegenüber das Ablösungsrecht zu. Daß B. sein dingliches Recht erst nach dem Beginne der Zwangsvollstreckung durch A. erworben hat, ist unerheblich. Der § 268 verlangt nicht, daß das Recht an dem Gegenstand oder der Besitz des Dritten beim Beginne der Zwangsvollstreckung schon besteht. Dieses Ablösungsrecht des zweitpfändenden Gläubigers ist von erheblicher praktischer Bedeutung, da es oft vorkommt, daß der erstpfändende Gläubiger die Versteigerung der gepfändeten Sachen betreibt, während der Gläubiger, der die Anschlußpfändung vorgenommen hat, ein Interesse daran hat, dem Schuldner die Sachen zu erhalten und ihm Stundung zu gewähren.

kraft Gesetzes auf den Dritten übergeht[12]). Mit der Forderung gehen die Hypotheken, Pfandrechte, Rechte aus einer Bürgschaft und Vorzugsrechte mit über. (§ 401.) Der Dritte kann von dem Gläubiger ein öffentlich beglaubigtes Anerkenntniß, daß die Forderung kraft Gesetzes auf ihn übergegangen ist, verlangen. (§§ 403, 412.)

6. Der Uebergang kann nicht zum Nachtheile des Gläubigers geltend gemacht werden. (§ 268 Abs. 3 S. 2.) Diese Vorschrift hat ihre Bedeutung insbesondere für den Fall, daß der Gläubiger die Zwangsvollstreckung nur wegen eines Theiles seiner Forderung betreibt. Der Dritte kann dann das Ablösungsrecht nur in Ansehung dieses Theiles ausüben; vor dem Theile der Forderung, den der Dritte auf diese Weise erwirbt, hat der dem Gläubiger verbleibende Theil den Vorrang[13]).

§ 80. Der Leistungsort.

§ 269.

1. Der Leistungsort ist an erster Stelle aus der — ausdrücklichen oder stillschweigenden — Bestimmung der Parteien oder aus den Umständen, insbesondere der Natur des Schuldverhältnisses, dem muthmaßlichen Willen der Parteien entsprechend[1]), zu entnehmen (§ 269 Abs. 1), jedoch ist aus dem Umstand allein, daß der Schuldner die Kosten der Versendung nach einem bestimmten Orte übernommen hat, nicht zu entnehmen, daß dieser Ort der Leistungsort sein soll (§ 269 Abs. 3). Läßt sich hiernach ein Leistungsort nicht feststellen[2]), so ist Leistungsort der Ort, an dem der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz oder, wenn die Verbindlichkeit im Gewerbebetriebe des Schuldners entstanden ist, seine gewerbliche Niederlassung, eine juristische Person ihren Sitz hatte (§ 269 Abs. 1 und 2).

§ 270.

2. Eine Ausnahme tritt bei Geldzahlungen ein. Der Schuldner muß Geld auf seine Gefahr und Kosten dem Gläubiger an dessen Wohnsitz zur Zeit der Leistung übermitteln, also auch dann, wenn der Gläubiger nach der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz verändert hat. Erhöhen sich jedoch dadurch die Kosten der Uebersendung, so hat der Gläubiger die Mehrkosten zu tragen; falls eine Erhöhung der Gefahr eintritt,

---

[12]) Der Gläubiger ist, da er befriedigt ist und die Forderung ihm nicht mehr zusteht, natürlich nicht mehr befugt, die Zwangsvollstreckung fortzusetzen. Thut er es dennoch, so kann der Schuldner gegen ihn nach § 767 CPO., der Dritte, welcher das Ablösungsrecht ausgeübt hat, mit Klage vorgehen, insbesondere kann der Dritte die Herausgabe des vollstreckbaren Schuldtitels und die Umschreibung der Vollstreckungsklausel nach § 727 CPO. verlangen.

[13]) Vergl. M. III S. 693, Prot. III S. 579, RG. Band 3 S. 183, Schollmeyer Anm. 5 zu § 268.

[1]) Aus der Natur des Schuldverhältnisses ergiebt sich der Leistungsort insbesondere dann, wenn die Leistung nur an einem bestimmten Orte vorgenommen werden kann, z. B. die Auflassung eines Grundstücks, die Errichtung eines Gebäudes auf einem bestimmten Grundstücke, die Führung eines Prozesses bei einem bestimmten Gericht u. s. w. Zu den Fällen, in denen die Natur des Rechtsverhältnisses für die Bestimmung des Leistungsorts maßgebend ist, gehört auch der im alten HGB. (Art. 324) besonders geregelte Fall, daß eine bestimmte Sache zu übergeben ist, welche sich zur Zeit des Vertragsabschlusses mit Wissen der Kontrahenten an einem dritten Orte befand. Die im Art. 324 getroffene Entscheidung, daß die Uebergabe an diesem Orte zu geschehen habe, wird meist dem Willen der Parteien entsprechen, jedoch ist nicht ausgeschlossen, daß ein anderer Leistungsort als stillschweigend vereinbart anzusehen ist. M. II S. 35.

[2]) Die Beweislast hierfür trifft denjenigen, der behauptet, daß ein anderer, als der gesetzliche Leistungsort maßgebend sei. Vergl. Planck Anm. 1 zu § 269.

so erfolgt die ganze Uebermittelung auf Gefahr des Gläubigers [3]) [4]). — Ist die Forderung im Gewerbebetriebe des Gläubigers entstanden, so tritt an die Stelle seines Wohnsitzes der Ort seiner gewerblichen Niederlassung [5]) (§ 270). — Die Vorschrift des § 270 Abs. 1 hat jedoch nur die Bedeutung einer Auslegungsregel („im Zweifel") und kommt daher insoweit nicht zur Anwendung, als der Parteiwille ein Anderes ergiebt. So muß angenommen werden, daß der Beauftragte das für seinen Auftraggeber eingenommene Geld diesem auf dessen Gefahr und Kosten zu übermitteln hat (vergl. § 670), und ebenso, daß den Schenker die Verpflichtung aus § 270 nicht trifft.

3. Durch die Vorschriften des § 270 wird jedoch der Leistungsort nicht geändert; insbesondere wird dadurch ein Gerichtsstand (§ 29 CPO.) am Wohnsitze des Gläubigers nicht begründet. Ist der Wohnsitz des Schuldners der Erfüllungsort, so kommt er nicht in Verzug, wenn er das Geld rechtzeitig absendet; ist dagegen der Wohnsitz des Gläubigers der Erfüllungsort, so genügt die Absendung nicht, es muß vielmehr das Geld rechtzeitig ankommen.

4. Die Vorschriften der § 269, 270 gelten für alle Leistungen, sowohl kontraktliche wie außerkontraktliche, und kommen auch bei Handelsgeschäften zur Anwendung [6]). Besondere Vorschriften sind gegeben für den Leistungsort bei dem Verwahrungsvertrage (§§ 697, 700), der Leistung des Offenbarungseids (§ 261), der Vorlegung von Sachen (§ 811), der Grundschuld (§ 1194) [7]).

Für den Fall eines mehrfachen Wohnsitzes kommen die Bestimmungen über das Wahlschuldverhältniß zur Anwendung. Regelmäßig hat also der Schuldner die Wahl, an welchem der Orte, an denen er seinen Wohnsitz hat, er leisten will [8]).

---

[3]) Wenn z. B. der Gläubiger seinen Wohnsitz ins Ausland verlegt hat, so wird man darin häufig eine Erhöhung der Gefahr der Uebermittelung finden können; dann geht der ganze Transport, auch der inländische, auf Gefahr des Gläubigers, eine Theilung der Gefahr tritt nicht ein. — Erhöht sich die Gefahr nicht, so trägt der Schuldner die Gefahr der Uebermittelung auch nach dem neuen Wohnsitze.

[4]) Der Wechsel des Wohnsitzes des Gläubigers giebt also dem Schuldner nicht, wie es im preuß. Rechte (ALR. §§ 773, 774 I 11) der Fall war, das Recht der Hinterlegung, sondern hat nur die im § 270 Abs. 3 bestimmten Folgen.

[5]) Der Abs. 3 des § 270 ist analog auf den Fall anzuwenden, daß z. B. der Gläubiger z. Z. der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz in Charlottenburg und seine gewerbliche Niederlassung in Berlin hatte und letztere vor der Fälligkeit der Schuld aufgegeben hat; der Schuldner muß dem Gläubiger das Geld nach Charlottenburg übermitteln, jedoch mit der Maßgabe des § 270 Abs. 3. Ferner kommt diese Bestimmung zur analogen Anwendung, wenn nach der Entstehung des Schuldverhältnisses ein Wechsel in der Person des Gläubigers (durch Uebertragung der Forderung, durch Erbgang rc.) eingetreten ist und der Schuldner nun das Geld seinem neuen Gläubiger nach dessen Wohnort übermitteln muß.

[6]) Auch für gegenseitige Verträge gilt die Vorschrift des § 269, sodaß sich für jeden Theil ein anderer Erfüllungsort ergeben kann. — Zu bemerken ist, daß § 269 weiter geht als § 29 CPO.: er gilt für alle Schuldverhältnisse, während § 29 CPO. nur für Verträge gilt. Es begründet also nicht bei jedem Schuldverhältnisse der Leistungsort auch einen Gerichtsstand.

[7]) Auf Grund des Vorbehalts des EG. Art. 92 bestimmt das Pr. AG. zum BGB. Art. 11, daß Zahlungen aus öffentlichen Kassen an der Kasse in Empfang zu nehmen sind, wenn nicht ein Anderes bestimmt ist. Die weiter gehende Vorschrift des preuß. R. (ALR. § 53 I 16), daß auch Zahlungen an öffentliche Kassen daselbst zu leisten sind, ist beseitigt. Vergl. Prot. II S. 307 ff.

[8]) Daß der Gläubiger an jedem der Orte, an dem der Schuldner seinen Wohnsitz hat, klagen kann, ist selbstverständlich. Dies folgt aber nicht, wie Staub (Exkurs zu § 372 Anm. 15) annimmt, aus § 29 CPO., sondern aus § 13 CPO. Ein Erfüllungsort, an dem nach § 29 geklagt werden könnte, ist, solange der Schuldner nicht gewählt hat, nicht vorhanden. Denn es heißt im § 29: „wo . . . zu erfüllen ist". Ist z. B. in einem

5. Die Vorschriften der §§ 269, 270 treffen ihrem Wortlaute nach nur Bestimmungen darüber, an welchem Orte, d. h. in welcher Ortschaft, zu leisten ist. Aber auch für die Frage, an welcher Oertlichkeit innerhalb einer Ortschaft zu leisten ist, sind die Vorschriften zur entsprechenden Anwendung zu bringen, so daß sie insbesondere auch dann gelten, wenn der Gläubiger und der Schuldner ihren Wohnsitz an demselben Orte haben[9]). Ist also weder aus der Vereinbarung der Parteien noch aus der Natur des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Verkehrssitte etwas Anderes zu entnehmen, so hat der Schuldner dort zu leisten, wo er seine Wohnung oder seine Niederlassung hat. Geld muß der Schuldner jedoch im Zweifel auf seine Gefahr und Kosten seinem Gläubiger nach dessen Wohnung oder gewerblicher Niederlassung übermitteln.

§ 81. Zeit der Leistung.

§ 271.

1. Die Zeit der Leistung bestimmt sich zunächst nach der Vereinbarung der Parteien oder ihrem aus den Umständen zu entnehmenden Willen[1]). Kann hiernach die Leistungszeit nicht festgestellt werden, so kann der Gläubiger die Leistung sofort verlangen, der Schuldner sie sofort bewirken.[2]) Zu beachten ist jedoch, daß, um den Schuldner in Verzug zu setzen, eine nach dem Eintritte der Fälligkeit erfolgende Mahnung erforderlich ist, es sei denn, daß für die Leistung eine Zeit festgesetzt ist, die nach dem Kalender bestimmt ist oder sich nach einer vorausgegangenen Kündigung nach dem Kalender berechnen läßt (§ 284).

2. Ist die Leistungszeit durch unbestimmte Ausdrücke festgesetzt (nach Möglichkeit, Gelegenheit, wenn die Verhältnisse es gestatten, sobald als thunlich), so ist die Leistungszeit unter Würdigung aller Umstände nach § 242 zu bestimmen. Bei Vermächtnissen, deren Erfüllungszeit dem Belieben des Beschwerten überlassen ist, ist im § 2181 bestimmt, daß die Leistung im Zweifel mit dem Tode des Beschwerten fällig ist. Man wird diese Vorschrift auch bei anderen Schuldverhältnissen entsprechend anwenden können[3]).

3. Die Bestimmung der Leistungszeit gilt nach § 271 Abs. 2 im Zweifel zu Gunsten des Schuldners; dieser kann auch vor der Zeit leisten, der Gläubiger aber kann nicht die Leistung vorher verlangen. Bei verzinslichen Geldschulden wird jedoch diese Auslegungsregel regelmäßig nicht Platz greifen, vielmehr anzunehmen sein, daß die Beifügung der Zeitbestimmung auch im Interesse des Gläubigers erfolgt ist. Bezahlt der Schuldner eine unverzinsliche Schuld vor der Fälligkeit, so ist er nicht berechtigt, Zwischenzinsen abzuziehen, ebenso kann er, wenn er irrthümlich zu früh geleistet hat, keine Erstattung von Zwischenzinsen verlangen (§ 813 Abs. 2)[4]).

§ 272.

Vertrage bestimmt, daß der Schuldner, der seinen Wohnsitz in X hat, die Wahl haben soll, in Y oder in Z zu erfüllen, so würde, so lange er nicht gewählt hat, ein Gerichtsstand des § 29 CPO. nicht vorhanden sein.

[9]) Vergl. Staub Exkurs zu § 372 Anm. 10.

[1]) Die Umstände werden häufig ergeben, daß dem Schuldner eine gewisse Frist zur Bewirkung der Leistung zu gewähren ist, z. B. zur Anschaffung oder Herstellung des zu leistenden Gegenstandes.

[2]) Besondere Vorschriften über die Erfüllungszeit enthalten insbesondere die §§ 551 (für den Miethzins), 604 (für die Leihe), 609 (für das Darlehen), 695, 696 (für die Verwahrung), vergl. ferner §§ 614, 721, 760, 1710, 2176—2179, 2186.

[3]) Vergl. Planck Anm. 3 zu § 271.

[4]) Anders ist es, wenn der Gläubiger ausnahmsweise berechtigt ist, Zahlung vor der Fälligkeit zu verlangen. Macht er von diesem Rechte Gebrauch, so muß er sich Zwischenzinsen abziehen lassen. (§§ 1133, 1217, vergl. § 65 KO., 111 ZVG.)

4. Die Tageszeit, zu welcher zu leisten ist, bestimmt sich nach § 242 [5]).

§ 82. Das Zurückbehaltungsrecht. Begriff und Voraussetzungen.

§ 273. 1. Wenn zweien Personen Ansprüche gegen einander zustehen, die vollständig selbständig und von einander unabhängig sind, so ist es jedem von ihnen unbenommen, seinen Anspruch zu verfolgen, ohne Rücksicht auf den Gegenanspruch seines Schuldners [1]). Stehen aber Anspruch und Gegenanspruch in einem inneren Zusammenhange mit einander, so widerspricht es dem Grundsatze von Treu und Glauben, wenn der Gläubiger sich wegen seines Anspruchs befriedigen will, ohne gleichzeitig den Anspruch seines Schuldners zu befriedigen. Es ist deswegen dem Schuldner das Recht gegeben, seine Leistung so lange zu verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird.

2. Voraussetzung des Zurückbehaltungsrechts ist somit vor allem ein innerer Zusammenhang zwischen Anspruch und Gegenanspruch. Es muß der Anspruch des Schuldners „aus demselben rechtlichen Verhältnisse" herrühren, auf welchem seine Verpflichtung beruht. Dieses Erforderniß darf jedoch nicht zu eng aufgefaßt werden. Nicht darauf kommt es an, ob Anspruch und Gegenanspruch durch denselben Rechtsgrund erzeugt sind, sondern ob der Anspruch des Schuldners im Rahmen desselben rechtlichen Verhältnisses liegt, auf welchem der Anspruch des Gläubigers beruht. Ein rechtliches Verhältniß muß Anspruch und Gegenanspruch umfassen, mögen beide auch durch verschiedene, sogar zeitlich auseinanderliegende Rechtsakte begründet worden sein [2]).

3. Der rechtliche Zusammenhang liegt kraft besonderer gesetzlicher Vorschrift (§ 273 Abs. 2) dann vor, wenn der Schuldner zur Herausgabe [3]) eines Gegenstandes [4]) verpflichtet ist und ihm ein Anspruch wegen Verwendungen auf diesen Gegenstand [5]) oder wegen eines Schadens zusteht, der ihm durch den herauszugebenden Gegenstand verursacht [6]) worden ist. Das Zurückbehaltungs-

---

[5]) Für Handelsgeschäfte bestimmt § 358 HGB., daß die Leistung nur während der gewöhnlichen Geschäftszeit zu bewirken und zu fordern ist. Entsprechendes gilt auch für andere Geschäfte.

[1]) Befürchtet der Schuldner, daß er, wenn er seinerseits leisten muß, wegen seines Anspruchs keine Befriedigung finden werde, so steht ihm — falls nicht die Voraussetzungen der Aufrechnung gegeben sind, — lediglich der Weg des Arrestes offen.

[2]) Lehrreich ist in dieser Beziehung insbesondere die Entsch. des RG. Bd. 14 S. 231 ff. — Der im § 273 geforderte Zusammenhang liegt vor allem bei Leistung und Gegenleistung aus gegenseitigen Verträgen vor, bei denen die sog. exceptio non impleti contractus besonders behandelt ist (§§ 320—322), ferner bei allen Verträgen, aus denen beiden Theilen Leistungen obliegen, wenn diese Leistungen auch nicht zu einander im Verhältnisse von Leistung zu Gegenleistung stehen, z. B. bei dem Auftrage, der Leihe, dem Verwahrungsvertrage. Vergl. Planck Anm. 1a zu § 273. Ausgeschlossen ist das Zurückbehaltungsrecht in den §§ 175, 556 Abs. 2 BGB. und 223 KO.

[3]) Ueber den Begriff der Herausgabe s. oben § 77 Anm. 6. Auch gegenüber persönlichen Ansprüchen auf Tradition einer Sache kann das Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendungen geltend werden, z. B. vom Verkäufer gegenüber dem Käufer wegen der Verwendungen des § 450.

[4]) Also auch gegenüber dem Anspruch auf Herausgabe eines Rechtes, z. B. auf Uebertragung eines Patents, wegen Verwendungen auf dieses Recht z. B. Verauslagung von Gebühren.

[5]) Vergl. oben § 76.

[6]) Z. B. §§ 694, 833, 834.

recht steht dem Schuldner jedoch dann nicht zu, wenn er den Gegenstand durch eine vorsätzlich[7]) begangene unerlaubte Handlung erlangt hat.

4. Worauf der Anspruch des Gläubigers gerichtet ist, ist gleichgültig. Nicht nur dann kann das Zurückbehaltungsrecht ausgeübt werden, wenn der Gläubiger die Herausgabe einer Sache verlangt; auch wenn die Verpflichtung des Schuldners in irgend einer beliebigen Leistung besteht, kann er auf Grund des Zurückbehaltungsrechts diese Leistung verweigern[8]). Unerheblich ist auch, worauf der Gegenanspruch des Schuldners gerichtet ist[9]). Dieser Gegenanspruch muß aber ein vollwirksamer, d. h. ein solcher sein, den der Schuldner auch mittelst Klage gegen den Gläubiger verfolgen kann. Kann der Schuldner den Gläubiger nicht im Wege des Prozesses zur Erfüllung seines Anspruchs anhalten, so kann er auch nicht das Zurückbehaltungsrecht ausüben[10]).

5. Der Schuldner, welcher das Zurückbehaltungsrecht ausüben will, muß einen Anspruch gegen seinen Gläubiger haben; aus einem Anspruche gegen einen Dritten steht ihm das Zurückbehaltungsrecht nicht zu. Ueberträgt jedoch der Gläubiger seinen Anspruch auf einen Anderen, so kann der Schuldner sein zur Zeit der Uebertragung bereits entstandenes Zurückbehaltungsrecht auch dem Erwerber gegenüber geltend machen.[11])

---

[7]) Ueber den Begriff des Vorsatzes s. oben § 33 unter 3. Die Vorschrift ist enger als die des preußischen Rechtes, welches das Zurückbehaltungsrecht schon dem unredlichen Besitzer versagte (ALR. I 20 § 538). Dem Besitzer des § 990 steht also, im Gegensatze zum preuß. Rechte, wegen seiner Verwendungen (vergl. § 994 Abs. 2) das Zurückbehaltungsrecht zu.

[8]) Anders im preuß. Rechte, welches das Zurückbehaltungsrecht nur dem „Inhaber einer fremden Sache" gab, welcher „den Besitz wieder zu räumen an und für sich verpflichtet sein würde" (ALR. I 20 §§ 536, 537, vergl. jedoch RG. Bd. 21 S. 287). — Das BGB. hat das Zurückbehaltungsrecht dem preuß. Rechte gegenüber sehr erweitert. „Auch Rechte, Handlungen sowie die eigenen Sachen, zu deren Verschaffung, Vornahme, Uebergabe der in Anspruch genommene verpflichtet ist, können . . . . zurückgehalten werden." M. II S. 42. — Ein praktisch wichtiger Fall des Zurückbehaltungsrechts ist der, daß bei einem Kaufe mit successiver Lieferung der Kaufpreis einer früheren Theillieferung nicht bezahlt ist. A. hat z. B. dem B. 1200 Waggons Briquetts verkauft, zu liefern innerhalb eines Jahres in gleichen Monatsraten; jede Lieferung eines Monats ist am nächsten Monatsersten zu bezahlen. Hat B. die Lieferung des Monats Januar am 1. Februar nicht bezahlt, so kann A. die in den späteren Monaten zu leistenden Waggons retinieren.

[9]) Es kann z. B. der Miether die Zahlung des Miethzinses zurückhalten, bis der Vermiether die ihm obliegenden Reparaturen vornimmt.

[10]) Vergl. M. II S. 42. Daß die Motive das Gegentheil annehmen, wie Dernburg III § 57 Anm. 7 sagt, ist ein Irrthum. Es kann also wegen Forderungen aus Spiel, Wette, klaglosen Differenzgeschäften ein Retentionsrecht nicht ausgeübt werden.

[11]) Schollmeyer Anm. 1a zu § 273 lehrt: „Das Zurückbehaltungsrecht steht nur zu gegenüber dem Gläubiger des Retinenten, welcher gleichzeitig sein Schuldner ist, nicht gegenüber dritten Personen. Der Singularsuccessor des Gläubigers ist zwar nicht Dritter, sondern selbst Gläubiger, aber er ist nicht Schuldner der dem Retinenten zustehenden Forderung." Wenn Schollmeyer hiermit dem Schuldner gegenüber dem Cessionar des Gläubigers das Retentionsrecht versagen will, so ist das offenbar irrig. Aus den §§ 404, 412 folgt das Gegentheil. Retiniert der Beauftragte dasjenige, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat (§ 667), wegen der Aufwendungen, die er zum Zwecke der Ausführung des Auftrags gemacht hat (§ 670), so kann der Auftraggeber das Retentionsrecht nicht dadurch illusorisch machen, daß er seinen Anspruch aus § 667 einem Dritten abtritt. — Auch der Ausspruch Dernburgs (II § 58 unter V), daß „dritte dinglich Berechtigte" dem Retentionsrechte nicht unterworfen sind, erscheint in dieser Allgemeinheit nicht richtig. Z. B.: eine dem Auftraggeber A. gehörige Sache befindet sich im Besitze des Beauftragten B., welchem an der Sache das Zurückbehaltungsrecht zusteht. A. überträgt das Eigenthum an dieser Sache dem C., indem er diesem den Herausgabeanspruch gegen B. in Gemäßheit des § 931 abtritt. Dann ist zwar C. Eigenthümer der Sache, B. kann ihm aber das Retentionsrecht nach den §§ 404, 986 Abs. 2 entgegensetzen. Anders würde die Sache dagegen liegen, wenn C. schon vor der

6. Der Gegenanspruch des Schuldners muß fällig sein. Ist er betagt oder aufschiebend bedingt, so ist das Zurückbehaltungsrecht ausgeschlossen. Dem Schuldner bleibt in einem solchen Falle zu seiner Sicherung nur der Weg des Arrestes oder der einstweiligen Verfügung offen. Die Fälligkeit der Gegenforderung muß zu derjenigen Zeit vorliegen, zu welcher das Zurückbehaltungsrecht seine Wirksamkeit äußern soll, es genügt daher, wenn die Gegenforderung beim Erlasse des Urtheils — auch desjenigen in der Berufungsinstanz — fällig ist.

7. Auch wenn alle diese Voraussetzungen vorliegen, ist das Zurückbehaltungsrecht dennoch ausgeschlossen, wenn sich dieser Ausschluß aus dem Schuldverhältniß ergiebt. Dies ist immer dann der Fall, wenn nach Lage der Sache anzunehmen ist, daß der Schuldner zur Vorleistung verpflichtet sein soll, wenn also die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts der von ihm — ausdrücklich oder stillschweigend — übernommenen Verpflichtung, seine Leistung zu bewirken, auch wenn er wegen seines Gegenanspruchs nicht befriedigt ist, widersprechen würde[12]).

§ 83. Die Wirkungen des Zurückbehaltungsrechts.

§§ 273, 274.

1. Das Zurückbehaltungsrecht giebt dem Schuldner eine aufschiebende Einrede: er ist berechtigt, die Leistung, die er schuldet, so lange zu verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird. Die Folge hiervon ist insbesondere, daß er mit der Leistung, die er schuldet[1]), nicht in Verzug geräth.

Entstehung des Retentionsrechts des B. ein dingliches Recht an der Sache gehabt hat. Der Grundsatz kann allgemein dahin formuliert werden: Das gegen den Gläubiger entstandene Retentionsrecht kann der Schuldner dem Singularsuccessor des Gläubigers gegenüber insoweit geltend machen, als er diesem überhaupt Einwendungen aus der Person des Gläubigers entgegensetzen kann.

[12]) Vergl. M. II S. 43. S. Goldmann Anm. 3 zu § 59. Auf diesem Gedanken beruht auch die Vorschrift des § 369 Abs. 3 HGB. — Bestritten ist, ob das Zurückbehaltungsrecht einer nicht pfändbaren Forderung gegenüber ausgeübt werden könne, obwohl eine Aufrechnung gegen sie nach § 394 nicht zulässig ist. So nimmt insbesondere S. Goldmann (I S. 292 unter 4) an, daß, soweit der Anspruch des Handlungsgehülfen der Pfändung nicht unterliegt, auch das Zurückbehaltungsrecht dem Prinzipal nicht zugestanden werden könne. Aber man wird ihm nicht darin beistimmen können, daß „aus dem Schuldverhältnisse sich ein Anderes ergiebt". Daß der Prinzipal sich stillschweigend verpflichtet habe, die Gehaltsansprüche des Handlungsgehülfen zu befriedigen, auch wenn er wegen seiner konnexen Gegenansprüche nicht befriedigt ist, kann nicht angenommen werden. Ein solches Abkommen zu treffen, würde wohl selten einem Prinzipal einfallen, er wird z. B. schwerlich geneigt sein, sich zur Auszahlung des Gehalts selbst für den Fall zu verpflichten, daß ihm Gegenansprüche wegen Veruntreuungen des Handlungsgehülfen zustehen. — Kann man demgemäß nicht durch Auslegung des Vertrags zur Ablehnung des Retentionsrechtes kommen, so muß man annehmen, daß es auch einer unpfändbaren Forderung gegenüber ausgeübt werden kann, wenn auch dadurch die Vorschrift des § 394, wenigstens soweit es sich um konnexe Gegenforderungen handelt, zum großen Theile illusorisch wird. (Ebenso Dernburg II § 59 unter II und § 128 unter 4, Schollmeyer Anm. 1 zu § 394, Staub Anm. 34 zu § 59.) Gegen eine analoge Anwendung des § 394 auf das Zurückbehaltungsrecht spricht auch die Erwägung, daß schon der Ausschluß der Aufrechnung eine schwerwiegende Aenderung des früheren Rechtszustandes in Deutschland darstellt (vergl. Entsch. des RG. Bd. 41 S. 51 ff., M. II S. 113) und daher eine noch weitergehende Ausdehnung, welche die Ansprüche der Arbeitgeber in hohem Grade zu gefährden geeignet ist, unzulässig erscheint.

[1]) Nach dem Wortlaute des § 273 kann der Schuldner seine ganze Leistung verweigern, während das ALR. (I 20 § 552) vorschrieb, daß das Zurückbehaltungsrecht sich nur so weit erstreckt, als es zur Deckung des Anspruchs des Schuldners erforderlich ist. Die Vorschriften des BGB. führen zu folgendem Resultate: Das Zurückbehaltungsrecht soll dem Schuldner eine Sicherung gewähren; seine Ausübung wird durch Sicherheitsleistung abgewendet. Besteht die dem Schuldner obliegende Leistung in Gegenständen, in denen nach § 232 Sicherheit geleistet werden kann, so kann der Schuldner nur so viel zurück-

Irgend ein Vorzugsrecht vor anderen Gläubigern seines Gläubigers erlangt er durch die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts nicht, insbesondere nicht das Recht, sich aus der zurückbehaltenen Leistung wegen der ihm gebührenden Leistung vorzugsweise zu befriedigen[2]). Daher verliert das Zurückbehaltungsrecht regelmäßig seine Wirkung im Konkurs über das Vermögen des Gläubigers[3]).

2. Wird der Schuldner von dem Gläubiger auf Bewirkung der geschuldeten Leistung verklagt und macht er dieser Klage gegenüber das Zurückbehaltungsrecht geltend, so hat diese Einrede nicht die Wirkung, daß die Klage abgewiesen wird, vielmehr erfolgt die Verurtheilung des Schuldners zur Leistung gegen Empfang der ihm gebührenden Leistung[4]).

3. Ist der Schuldner zur Leistung Zug um Zug gegen Bewirkung der ihm gebührenden Leistung verurtheilt, so kann der Gläubiger, wenn der Schuldner im Annahme-Verzug ist, wegen der ihm zustehenden Leistung die Zwangsvoll-

---

behalten, als nach §§ 234 ff. zur Sicherheitsleistung erforderlich ist. Hat der Schuldner z. B. 1000 Mark zu zahlen, und würde der Gläubiger durch Hinterlegung von 300 Mark das Retentionsrecht des Schuldners abwenden können, so muß der Schuldner in jedem Falle 700 Mark leisten. Die Sicherheit von 300 Mark ist dann gewissermaßen statt bei der Hinterlegungsstelle bei dem Schuldner selbst hinterlegt, worüber er sich gewiß nicht beklagen kann. Vergl. auch Schollmeyer Anm. 1b zu § 273 und Staub Anm. 55 zu § 369.

[2]) Anders beim kaufmännischen Zurückbehaltungsrechte (§§ 369—372 HGB.). Dieses hat eine andere rechtliche Natur, als das bürgerliche Zurückbehaltungsrecht. Während letzteres nur eine Sicherung gewähren soll, hat jenes zwar an erster Stelle auch diese Funktion — weswegen seine Ausübung durch Sicherheitsleistung abgewendet werden kann (§ 369 Abs. 4 HGB.) —, es soll aber daneben dem Gläubiger ein Befriedigungsmittel verschaffen; der Gläubiger ist daher berechtigt, sich aus dem zurückbehaltenen Gegenstande nach Art eines Pfandgläubigers zu befriedigen (§ 371 HGB.). Hieraus erklärt es sich auch, daß das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht nicht, wie das des § 273 BGB., an jeder beliebigen Leistung bestehen kann, sondern regelmäßig nur an Gegenständen, die dem Schuldner gehören, denn nur diese können eine Befriedigung des Gläubigers bewirken. Es sind daher auch die Voraussetzungen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts andere, als die des bürgerlichen.

[3]) Während das handelsrechtliche Retentionsrecht nach § 49 Nr. 4 KO. stets ein Absonderungsrecht im Konkurse gewährt, giebt das des BGB. ein solches Recht nur in den Fällen des § 49 Nr. 1 u. 3. — Wenn das Zurückbehaltungsrecht für sich allein auch nicht das Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem zurückbehaltenen Gegenstande gewährt, so ist doch derjenige, der wegen einer Forderung, für welche ihm ein Zurückbehaltungsrecht an einer Sache seines Schuldners zusteht, Zwangsvollstreckung vornimmt, verpflichtet, sich zuerst aus der zurückbehaltenen Sache zu befriedigen (sog. beneficium ordinis) § 777 CPO. Der Ansicht Dernburgs (II § 58 Anm. 2), daß der Schuldner auf Grund des § 777 CPO. verlangen könne, daß in das verurtheilende Erkenntniß der Zusatz aufgenommen werde: „Kläger ist gehalten, seine Befriedigung zunächst aus der zurückbehaltenen Sache zu suchen," kann nicht beigestimmt werden. Das dem Schuldner durch § 777 gewährte Recht giebt keinen Einwand gegen den Anspruch, sondern nur ein Widerspruchsrecht gegen die Zwangsvollstreckung; es entsteht überhaupt erst, wenn der Gläubiger die Zwangsvollstreckung in das übrige Vermögen des Schuldners vornimmt. Das beneficium ordinis ist durch § 777 CPO. in die Exekutions-Instanz verwiesen.

[4]) Eine solche Verurtheilung zur Erfüllung Zug um Zug kommt ferner vor bei der Einrede des nicht erfüllten Vertrags (§ 322) und bei den aus der Ausübung des Rücktrittsrechts entstehenden Verpflichtungen (§ 348). Zu beachten ist, daß der Gläubiger durch ein solches Urtheil sein Recht, die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch Sicherheitsleistung abzuwenden (§ 273 Abs. 3), nicht verliert. Ist z. B. auf die Klage des A. der B. verurtheilt, dem A. eine Sache gegen Empfang von 50 Mark (Verwendungen, die B. auf die Sache gemacht hat,) herauszugeben, so kann A. immer noch in Höhe der 50 Mark Sicherheit leisten und dann durch neue Klage die unbedingte Verurtheilung des B. erzielen. — Daß das erwähnte Urtheil rücksichtlich des Anspruchs des B. auf Erstattung der 50 M. Verwendungen keine Rechtskraft bewirkt, ergiebt § 322 CPO.; um in demselben Prozeß ein der Rechtskraft fähiges Urtheil über seinen Gegenanspruch zu erlangen, hätte B. Widerklage erheben müssen.

streckung ohne gleichzeitige Bewirkung der Gegenleistung vornehmen. Hierbei ist zu beachten, daß der Beklagte in Annahme-Verzug auch dann kommt, wenn er zwar die ihm angebotene Leistung anzunehmen bereit ist, die ihm obliegende Leistung aber nicht anbietet [5]).

4. Da das Zurückbehaltungsrecht dem Schuldner nicht als Mittel zu seiner Befriedigung dienen, sondern ihm nur eine Sicherung für seinen Anspruch gewähren soll, so kann der Gläubiger die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts jederzeit durch Sicherheitsleistung — die jedoch nicht durch Bürgen erfolgen kann — abwenden [6]).

5. Welche Verantwortlichkeit der Schuldner rücksichtlich des zurückbehaltenen Gegenstandes hat, ist nach dem Rechtsverhältnisse zu beurtheilen, nach welchem er an sich zur Leistung des zurückbehaltenen Gegenstandes verpflichtet ist. Die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts begründet kein besonderes Schuldverhältniß, auf dem eine selbständige Haftung des Schuldners für den retinierten Gegenstand beruhen könnte [7]).

§ 84. Vertretungspflicht.

I. Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern (§ 241); der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern (§ 242) [1]). Es fragt sich, welche Wirkung es auf den Inhalt des Schuldverhältnisses ausübt, wenn der Schuldner die Leistung nicht bewirkt oder wenn er sie nicht so bewirkt, wie es dem ursprünglichen Inhalte des Schuldverhältnisses und den gesetzlichen Vorschriften entspricht. Die Beantwortung dieser Frage hängt von den Umständen ab, welche die Ursache der Nichtleistung oder der nicht gehörigen Leistung bilden. Der Schuldner hat nicht unter allen Umständen dafür aufzukommen, daß die von ihm geschuldete Leistung dem Inhalte des Schuldverhältnisses gemäß bewirkt wird. Die Umstände, für deren Folgen er aufzukommen hat, hat er, wie das Gesetz sagt, zu vertreten, diejenigen, für deren Folgen er nicht aufzukommen hat, hat

---

[5]) Das Vollstreckungsverfahren ist in den §§ 726 Abs. 2, 756, 765 CPO. geregelt. Nach diesen Vorschriften gestaltet sich das Verfahren folgendermaßen: der Gläubiger erhält — außer wenn es sich um die Abgabe einer Willenserklärung durch den Schuldner handelt, — die Vollstreckungsklausel auch ohne den Beweis, daß der Schuldner rücksichtlich der ihm gebührenden Leistung bereits befriedigt ist oder sich im Annahme-Verzuge befindet, und demgemäß ohne Anordnung des Vorsitzenden (§ 730). Es darf jedoch aus einer solchen vollstreckbaren Ausfertigung der Gerichtsvollzieher die Zwangsvollstreckung erst beginnen, wenn er dem Schuldner die ihm gebührende Leistung in einer den Annahme-Verzug begründenden Weise angeboten hat, es sei denn, daß dem Gerichtsvollzieher durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden der Nachweis erbracht ist, daß der Schuldner befriedigt oder im Annahme-Verzug ist. Soll eine Vollstreckungsmaßregel durch das Vollstreckungsgericht angeordnet werden, so muß dieser Nachweis dem Vollstreckungsgericht erbracht werden.

[6]) Anders bei gegenseitigen Verträgen (§ 320 Abs. 1 Satz 3).

[7]) Das ALR. (§ 558 I 20) bestimmte, daß, wer sich vermöge des Zurückbehaltungsrechts im Besitze der Sache befindet, alle Obliegenheiten eines Pfandinhabers hat. Dem BGB. ist eine solche Vorschrift fremd. Retiniert der Verkäufer den Kaufgegenstand, so haftet er als Verkäufer, retiniert der Besitzer dem Eigenthümer gegenüber wegen Verwendungen, so haftet er nach §§ 989 ff. Hierbei sind insbesondere die Vorschriften über den Verzug von Wichtigkeit: Hat der Retentionsberechtigte den Gläubiger nach Maßgabe des § 298 in Verzug gesetzt, so haftet er nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit (§ 300 Abs. 1).

[1]) Siehe hierüber oben S. 292.

er nicht zu vertreten[2]). Welche Umstände der Schuldner zu vertreten hat, wird, falls die Vertretungspflicht nicht, soweit dies zulässig ist (vergl. z. B. § 276 Abs. 2), rechtsgeschäftlich geordnet ist, durch das Gesetz bestimmt. Hiervon wird des Näheren unter II, von der Wirkung der zu vertretenden beziehungsweise der nicht zu vertretenden Umstände auf den Inhalt des Schuldverhältnisses in den §§ 85 ff. gehandelt werden.

II. Eine für alle Rechtsverhältnisse geltende Vorschrift darüber, welche Umstände zu vertreten oder nicht zu vertreten sind, enthält das Gesetz nicht. Insbesondere besteht keine Bestimmung, nach der allgemein jedes Verschulden zu vertreten, jeder Zufall nicht zu vertreten wäre. Wenn auch Ersteres grundsätzlich auf dem Gebiete des Schuldverhältnisses vorgeschrieben ist (§ 276 Abs. 1 S. 1), so sind doch vielfach Ausnahmen von dieser Regel bestimmt[3]). Auf der anderen Seite ist kraft positiver Vorschrift in einer Reihe von Fällen auch der Zufall zu vertreten[4]).

Im Einzelnen gilt folgendes:

§ 276 Abs. 1 S. 1.

1. Nach § 276 Abs. 1 S. 1 hat der Schuldner, sofern nicht ein Anderes bestimmt ist, Vorsatz und Fahrlässigkeit[5]) zu vertreten.

a) Die Vorschrift gilt, sofern nicht ein Anderes bestimmt ist, für jedes Schuldverhältniß. Gleichgültig ist es, wodurch das Schuldverhältniß begründet ist, ob es auf einem Vertrag, einem einseitigen Rechtsgeschäft, einer Rechtshandlung im engeren Sinne, einem sachenrechtlichen, familien- oder erbrechtlichen Verhältnisse beruht[6]). Das Gesetz unterscheidet auch nicht, ob das

---

[2]) Zur Terminologie ist zu bemerken: Das BGB. spricht von „vertreten" sowohl in Bezug auf die Ursachen der Nichtleistung oder nicht gehörigen Leistung wie in Bezug auf die Folgen, insbesondere einen eingetretenen Schaden. So ist in den §§ 275 Abs. 1, 276 Abs. 1 S. 1, 278 Abs. 1, 280, 282, 285, 287 S. 1, 300 Abs. 1, 521, 599, 680, 691 S. 2, 968 von den zu vertretenden und nicht zu vertretenden Umständen und insbesondere davon die Rede, daß der Schuldner Vorsatz, Fahrlässigkeit, grobe Fahrlässigkeit, ein Verschulden, also die Ursache der Nichtleistung (oder nicht gehörigen Leistung) zu vertreten hat, während in den §§ 460 ff. von den zu vertretenden und nicht zu vertretenden Mängeln, im § 991 Abs. 2 davon die Rede ist, daß der Besitzer den . . . Schaden zu vertreten hat, in den §§ 548, 1050, daß Veränderungen oder Verschlechterungen der Sache nicht zu vertreten sind. — Das Gesetz spricht regelmäßig nicht davon, welche Sorgfalt der Schuldner anzuwenden hat, sondern es bestimmt, daß er die Verletzung der erforderlichen Sorgfalt (Fahrlässigkeit, grobe Fahrlässigkeit, Verschulden) zu vertreten hat (vergl. § 276 Abs. 1 S. 1 und 2, 287 S. 1, 300 Abs. 1, 521, 599, 680, 691 S. 2, 968; anders HGB. § 347 Abs. 1). Dagegen ist umgekehrt in allen Fällen der culpa in concreto nicht von der Fahrlässigkeit die Rede, die der Schuldner zu vertreten hat, es ist vielmehr bestimmt, daß er „nur für diejenige Sorgfalt einzustehen hat, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt" (vergl. §§ 277, 690, 708, 1359, 1664, 2131). Bezeichnend ist HGB. § 347 Abs. 2: Unberührt bleiben die Vorschriften des BGB., nach welchen der Schuldner in bestimmten Fällen nur grobe Fahrlässigkeit zu vertreten oder nur für diejenige Sorgfalt einzustehen hat, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. — Das BGB. bedient sich nicht ausnahmslos des Ausdrucks, daß der Schuldner einen Umstand, ein Verschulden zu „vertreten" hat. Bisweilen sagt es statt dessen, daß der Schuldner „verantwortlich" ist (vergl. z. B. § 287 S. 2 in Verbindung mit S. 1, § 691 S. 3) oder es spricht von der „Haftung" des Schuldners (z. B. § 276 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 1).

[3]) Siehe unten S. 322 unter 2.

[4]) Siehe unten S. 322 Anm. 17.

[5]) Ueber die Begriffe „Vorsatz" und „Fahrlässigkeit" (§ 276 Abs. 1 S. 2 und 3) siehe oben §§ 33 unter 3 (S. 138). Beide werden unter der Bezeichnung „Verschulden" zusammengefaßt (S. 139 unter a).

[6]) Vergl. M. II S. 27 Anm. 3. — Der Schuldner haftet beispielsweise nach § 276 sowohl beim Kaufe wie bei der Auslobung, bei dem durch eine unerlaubte Handlung, durch die Pfandbestellung zwischen dem Eigenthümer und dem Pfandgläubiger, durch ein Vermächtniß begründeten Schuldverhältnisse. Auch bei Verträgen, die nicht zu den im BGB. normierten Vertragsarten gehören, findet grundsätzlich § 276 Anwendung.

Schuldverhältniß lediglich dem einen Theile oder ob es beiden Theilen zum Vortheile gereicht, um danach die Vertretungspflicht zu mindern oder zu erhöhen[7]). In allen Fällen hat der Schuldner grundsätzlich außer Vorsatz jeden, also auch den geringsten Grad von Fahrlässigkeit zu vertreten.

b) Die Vorschrift gilt nur für Schuldverhältnisse, nicht auch für andere Rechtsverhältnisse[8]). Für diese giebt das BGB. Sondervorschriften über die Vertretungspflicht[9]). Soweit solche Vorschriften nicht gegeben sind, tritt eine Haftung nicht ein[10]). Jedoch finden die allgemeinen Bestimmungen über das Recht der Schuldverhältnisse und mit ihnen die §§ 276 ff. auch auf diejenigen Ansprüche, welche lediglich auf Verwirklichung eines dinglichen Rechtes, eines Familien- oder Erbrechts gerichtet sind, analoge Anwendung, insofern nicht die rechtliche Natur dieser Ansprüche der Anwendung entgegensteht[11]).

---

[7]) Anders im gemeinen und preußischen Rechte. Vergl. Windscheid Pand. II § 265 unter 4, §§ 277 ff. I, 5 ALR.

[8]) Dies ergiebt sich aus der Stellung des § 276 unter den Vorschriften über das Recht der Schuldverhältnisse und aus dem Wortlaute des §, nach welchem der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat. Ein Schuldner ist nur da vorhanden, wo ein Schuldverhältniß besteht. A. M. Fischer-Henle Anm. 1 zu § 276, nach denen die §§ 276 ff. sich auf den Fall des Verschuldens innerhalb eines vertragsmäßigen oder nichtvertragsmäßigen Rechtsverhältnisses beziehen, wohin auch die Haftung des Vormundes (§ 1833) und des Testamentsvollstreckers (§ 2219) gehören solle. Darauf, ob das Rechtsverhältniß auf einem Vertrage beruht oder nicht, kommt es bei Anwendung des § 276 allerdings nicht an (siehe oben Anm. 6). Dagegen ist das Verhältniß des Vormundes zum Mündel ein familienrechtliches, kein Schuldverhältniß. Der Vormund ist nicht „Schuldner" des Mündels. Deshalb findet § 276 nicht Anwendung, es war vielmehr die Sondervorschrift des § 1833 erforderlich.

[9]) Vergl. §§ 1359 (Ehegatten), 1664 (Vater und Kind), 1674 (Vormundschaftsrichter), 1833 (Vormund), 1872 Abs. 2 S. 2 (Mitglieder des Familienraths), 2219 (Testamentsvollstrecker). Auch die Vertretung bei Rechtshandlungen richtet sich nicht nach § 276, sondern nach Sondervorschriften (z. B. §§ 823 ff., siehe unten Anm. 14).

[10]) Ein Beispiel bieten die Mitglieder des Gemeindewaisenraths, welche in Ermangelung einer ihre Vertretungspflicht regelnden Vorschrift für die Verletzung der ihnen in den §§ 1849, 1850 auferlegten Pflichten privatrechtlich nicht verantwortlich sind. Sie haften nur nach den allgemeinen Bestimmungen über Schadensersatz aus unerlaubten Handlungen. Vergl. M. IV S. 1227.

[11]) „Schuldverhältniß" und „Anspruch" sind nicht gleichbedeutend. Ein Schuldverhältniß ist ein selbständiges Rechtsverhältniß, während der Anspruch nur der Bestandtheil eines Rechtsverhältnisses ist. (Siehe auch oben S. 230.) Aus jedem Schuldverhältniß entspringt regelmäßig ein Anspruch (§§ 242, 194 Abs. 1), aber nicht jeder Anspruch beruht auf einem Schuldverhältnisse. Auch aus Sachen-, Familien- und Erbrechten können Ansprüche entstehen. Zwar können aus diesen Rechtsverhältnissen auch selbständige Schuldverhältnisse hervorgehen (siehe Anm. 6), aber sie können auch bloße Ansprüche erzeugen. Der Anspruch bildet einen Bestandtheil desjenigen Rechtsverhältnisses, dessen Verwirklichung er dient. Wenn A. die Sache des B. kauft, so dient der Anspruch des A. gegen B. auf Uebergabe der Sache und Verschaffung des Eigenthums der Verwirklichung des durch den Kaufvertrag begründeten Schuldverhältnisses, dessen Bestandtheil er bildet. Es liegt also ein obligatorischer Anspruch vor. Wenn C. die dem D. gehörige Sache besitzt oder wenn er dem D. dessen Kind widerrechtlich vorenthält oder wenn er auf Grund eines in Wirklichkeit nicht ihm, sondern dem D. zustehenden Erbrechts eine Sache erlangt hat, so dient der Anspruch des D. gegen C. auf Herausgabe der Sache oder des Kindes ausschließlich der Verwirklichung des Eigenthums, der elterlichen Gewalt, des Erbrechts des D. Er bildet einen Bestandtheil dieser Rechte und stellt nicht etwa ein selbständiges Schuldverhältniß dar. Hier handelt es sich nicht um einen obligatorischen, sondern um einen sachenrechtlichen, familienrechtlichen, erbrechtlichen Anspruch. Wenn aber C. die dem D. gehörige Sache vorsätzlich oder fahrlässig vernichtet, so wird dadurch zwischen C. und D. ein Schuldverhältniß begründet, dessen Gegenstand der Ersatz des dem D. entstandenen Schadens ist. Der hieraus hervorgehende Anspruch kann nicht der Verwirklichung des nicht mehr bestehenden Eigenthums, sondern nur der Verwirklichung des durch die Verletzung des Eigenthums be-

c) Innerhalb eines Schuldverhältnisses gilt die Vorschrift des § 276 für alle dem Schuldner obliegenden Verpflichtungen, bei einem Vertrage für die Verpflichtungen beider Theile[12]).

d) Die Anwendung der Vorschrift setzt ein bereits bestehendes Schuldverhältniß voraus[13]). Insbesondere findet sie auf Rechtsgeschäfte, die auf Begründung eines Schuldverhältnisses gerichtet sind, und auf Rechtshandlungen im engeren Sinne keine Anwendung. Hier besteht eine Vertretungspflicht nur, insoweit sie durch besondere Bestimmungen vorgeschrieben ist[14]). Dies gilt namentlich auch für Vertragsverhandlungen. Eine Verpflichtung, bei den Verhandlungen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt anzuwenden, besteht auf Grund des § 276 nicht, da ein Schuldverhältniß noch nicht begründet

---

gründeten Schuldverhältnisses dienen. Hier hat also das Recht an der Sache ein Schuldverhältniß erzeugt, der Anspruch auf Schadensersatz ist ein rein obligatorischer. — Auf die obligatorischen Ansprüche finden, da sie Bestandtheile von Schuldverhältnissen sind, die §§ 276 ff. unmittelbar Anwendung. Auf Ansprüche, die Bestandtheile von Sachen-, Familien- oder Erbrechten sind, beziehen sich die §§ 276 ff. an sich nicht. Es besteht jedoch kein Zweifel darüber, daß sie analog anzuwenden sind, soweit die rechtliche Natur dieser Ansprüche nicht entgegensteht. Vergl. hierzu M. II S. 4, III S. 397, 398—399, 408—409, Planck II S. 3 ff., Oertmann S. 1 unter c, Schollmeyer S. 4. Die Anwendung rechtfertigt sich dadurch, daß jeder Anspruch, auch wenn er nicht auf einem Schuldverhältnisse beruht, gegen eine bestimmte Person gerichtet ist und daher einen obligatorischen Charakter hat (siehe auch oben § 60 S. 231 Anm. 13). Beispielsweise finden auf den Anspruch des Eigenthümers auf Herausgabe der Sache (§§ 985 ff.), soweit nicht Sonderbestimmungen getroffen sind, die §§ 276 ff., insbesondere auch § 283, Anwendung. Dagegen kann z. B. auf den Anspruch auf Herausgabe des Kindes seiner Natur nach die Vorschrift des § 283 nicht angewendet werden.

[12]) Beispielsweise hat beim Dienstvertrage nicht nur der zur Dienstleistung Verpflichtete in Ansehung dieser Verpflichtung Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, sondern auch der Dienstberechtigte in Ansehung der ihm nach dem § 618 obliegenden Verpflichtungen. Wenn für den Fall der Nichterfüllung dieser Verpflichtungen im Abs. 3 des § 618 die Vorschriften der §§ 842—846 für anwendbar erklärt sind, so soll damit nur der Umfang der Schadensersatzpflicht geregelt werden. Voraussetzung für die Schadensersatzpflicht ist nach dem zur Anwendung gelangenden § 276, daß eine vorsätzliche oder fahrlässige Nichterfüllung vorliegt. Das Gleiche gilt im Falle des § 62 Abs. 3 HGB. (vergl. Staub Anm. 13 zu § 62, S. Goldmann Anm. 3 I, 1 zu § 62 HGB. Bd. 1 S. 306). — Wenn das Gesetz bestimmt, daß der Nießbraucher einer Forderung für ordnungsmäßige Einziehung, der Pfandgläubiger, dem das Recht zusteht, die Nutzungen zu ziehen, für die Gewinnung der Nutzungen zu sorgen hat (§§ 1074 S. 2, 1214 Abs. 1), so heißt dies nach § 276, daß Nießbraucher und Pfandgläubiger für die vorsätzliche und fahrlässige Verletzung dieser Verpflichtungen haften. — Deshalb hat das BGB. auch besondere Vorschriften über culpa in custodiendo sowie für die Fälle der Uebernahme von Handlungen, die eine besondere Sach- oder Kunstkenntniß voraussetzen (§ 281 I 5 ALR.), nicht für erforderlich erachtet. Wer eine Sache zu verwahren oder zu beaufsichtigen hat, hat auch hierbei (bei der custodia) die ihm nach dem betreffenden Schuldverhältniß obliegende Sorgfalt zu vertreten (M. II S. 28). So haftet bei der Verwahrung der Pfandgläubiger (§ 1215) nach § 276, der Verwahrer (§ 688) nach § 276 oder, wenn er die Aufbewahrung unentgeltlich übernommen hat, nach § 690, der Gastwirth nach §§ 701, 702. Das Gleiche gilt bei der Uebernahme von Handlungen, die eine besondere Sachkunde voraussetzen.

[13]) Siehe oben Anm. 8 S. 320.

[14]) Innerhalb des durch eine unerlaubte Handlung begründeten Schuldverhältnisses bestimmt sich die Vertretungspflicht nach § 276. Dagegen ist die Frage, ob durch eine Handlung als eine unerlaubte ein Schuldverhältniß begründet wird, nicht nach § 276, sondern nach den §§ 823 ff. zu beantworten. Wenn A. einen Hund hält und dieser den B. verletzt, so ist A. dem B. schadensersatzpflichtig ohne Rücksicht darauf, ob ihn ein Verschulden trifft (§ 833). Dagegen hat A. bei Erfüllung der Schadensersatzpflicht nur Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten (§ 276), soweit nicht Sondervorschriften gegeben sind.

ist[15]). Eine Haftung für culpa in contrahendo tritt nur nach Maßgabe der Vorschriften über unerlaubte Handlungen oder auf Grund besonderer Bestimmungen ein[16]).

2. Die Vertretungspflicht des Schuldners richtet sich nicht nach § 276 Abs. 1 S. 1, sofern ein Anderes bestimmt ist. Eine solche andere Bestimmung kann durch Gesetz oder durch Rechtsgeschäft erfolgen, sie kann eine Steigerung oder auch eine Minderung der im § 276 Abs. 1 bestimmten Vertretungspflicht vorschreiben.

a) Durch das Gesetz ist die Vertretungspflicht mehrfach derart gesteigert, daß sie von einem Verschulden unabhängig ist, daß der Schuldner also auch einen Zufall, bisweilen mit Ausschluß der höheren Gewalt, zu vertreten hat[17]). Insbesondere hat bei allen Verträgen, die auf Veräußerung oder Belastung eines Gegenstandes gegen Entgelt gerichtet sind, der Schuldner Mängel im Rechte und Mängel der Sache ohne Rücksicht auf ein Verschulden zu vertreten (§§ 434 ff., 459 ff., 445, 493). — Eine Minderung der Vertretungspflicht bestimmt das Gesetz für den Schuldner während des Verzugs des Gläubigers, den Schenker, den Verleiher und den Finder, welche nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit[18]) zu vertreten haben (§§ 300 Abs. 1, 521, 599, 968)[19]), ferner für den Verwahrer,

[15]) Dies scheint Habicht in seinen Ausführungen über „die Verhinderung der Abgabe einer Willenserklärung" (DJZ. 1901 Nr. 12 S. 265 ff.) zu übersehen, soweit sie die Annahme eines bindenden Vertragsantrags betreffen. Daß ein Antrag für eine bestimmte Zeit bindend ist, bedeutet nur, daß er während dieser Zeit nicht widerrufen werden kann (siehe oben § 46 S. 185 Anm. 16). Ein Schuldverhältniß zwischen dem Antragenden und dem Antragsempfänger wird auch durch den bindenden Vertragsantrag nicht begründet, sodaß die Vorschrift des § 276 nicht zur Anwendung gelangen kann. Der Antragende ist nicht verpflichtet, Vorkehrungen zu treffen, um dem Anderen die Annahme zu ermöglichen. Verhindert er die Annahme vorsätzlich oder fahrlässig, so hat er doch diesen Vorsatz oder diese Fahrlässigkeit in Ermangelung einer bezüglichen Vorschrift nicht zu vertreten. Nur unter den Voraussetzungen des § 826 würde ein Schadensersatzanspruch gegeben sein. A. bietet dem B. am Vormittage durch den Fernsprecher 10 Tonnen Gerste an und erklärt sich an den Antrag bis um 6 Uhr Nachmittags gebunden. A. vergißt bei einem Gespräche, das er um 5 Uhr mit C. führt, das Hörrohr des Fernsprechers wieder anzuhängen, sodaß B., als er kurz vor 6 Uhr die Annahme durch den Fernsprecher erklären will, den A. nicht an den Fernsprecher rufen kann. Hier liegt zwar eine Fahrlässigkeit des A. vor, die aber A. nicht zu vertreten hat. Weder ist der Vertrag zu Stande gekommen noch besteht ein Schadensersatzspruch des B. Dasselbe würde auch gelten, wenn A. das Hörrohr absichtlich abgehängt hätte, um die Annahme zu verhindern, weil er inzwischen von D. ein besseres Preisangebot erhalten hatte. Es ist ausschließlich Sache des A., die Annahme rechtzeitig zu erklären. Liegen in dem letzteren Falle die Voraussetzungen des § 826 vor, — hatte z. B. A. ausdrücklich erklärt, B. solle ihm durch den Fernsprecher Bescheid geben, und wußte er, daß dem B. durch Verhinderung der Annahme ein Schaden entstehe, — so würde nach § 249 S. 1 der Vertrag als zu Stande gekommen gelten. Vergl. auch Titze, die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht (Leipzig 1900) S. 97 Anm. 42.

[16]) Vergl. z. B. §§ 307, 309, auch §§ 179, 122 (§ 284 I, 5 ALR.). Ein allgemeines Prinzip über die Haftung für culpa in contrahendo kann aus diesen Sondervorschriften nicht entnommen werden.

[17]) Vergl. §§ 279, 287 S. 2, 701 ff., 848, HGB. § 456. Keine Ausnahme von der Regel des § 276 bilden z. B. die §§ 122, 179, 231, 678, 904 S. 2, die Vorschriften über unerlaubte Handlungen, das Haftpflichtgesetz vom 7. 6. 1871, weil es sich hier überall nicht um die Haftung innerhalb eines Schuldverhältnisses handelt. Dagegen gehören hierher auch die Vorschriften über das Tragen der Gefahr (vergl. z. B. §§ 270, 300 Abs. 2, 379 Abs. 2, 446 ff., 588 Abs. 1, 644 ff., 2380). So zutreffend Fischer-Henle Anm. 2 zu § 276.

[18]) Siehe hierüber oben § 33 (S. 138) unter 3 b.

[19]) Vergl. auch §§ 539 S. 2, 723 Abs. 1 S. 2, HGB. §§ 430 Abs. 3, 609 Abs. 2. — Auch der Geschäftsführer ohne Auftrag hat im Falle des § 680 nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten. Hier handelt es sich aber um die Vertretung bei einer Rechtshandlung. Vergl. oben § 33 Anm. 1 (S. 136).

der die Aufbewahrung unentgeltlich übernimmt, und den Gesellschafter, die nur für diejenige Sorgfalt einzustehen haben, welche sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen (§§ 690, 708)[20].

b) Durch Rechtsgeschäft kann die Vertretungspflicht abweichend von der Vorschrift des § 276 und den sonstigen gesetzlichen Bestimmungen geordnet, sie kann beliebig gesteigert oder gemindert werden[21]. Die Ordnung kann durch Bestimmung des sich einseitig Verpflichtenden, durch Vereinbarung der Parteien oder auch durch eine letztwillige Verfügung erfolgen, auf welcher die Verpflichtung des Schuldners beruht[22]. Nur die Haftung wegen Vorsatzes kann dem Schuldner nicht im voraus, d. h. bevor der Gläubiger Kenntniß von der vorsätzlichen Handlung hat[23], erlassen werden (§ 276 Abs. 2). Ein derartiger Erlaß ist nichtig[24]. Inwieweit dadurch der ganze Vertrag nichtig wird, bestimmt sich nach der Vorschrift des § 139[25].

§ 276 Abs. 2.

3. Der Schuldner ist häufig genöthigt, sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit der Hülfe dritter Personen zu bedienen. Zwar begründet das Schuldverhältniß lediglich Beziehungen zwischen dem bestimmten Gläubiger und dem bestimmten Schuldner. Nur von seinem Schuldner kann der Gläubiger die Leistung fordern und nur dieser Schuldner ist zur Leistung verpflichtet (§§ 241, 242). Aber der Schuldner ist nicht immer in der Lage, die Verbindlichkeit persönlich zu erfüllen und der Gläubiger hat regelmäßig ein Interesse nur an der Erfüllung selbst, nicht an der persönlichen Erfüllung durch den Schuldner. Deshalb gestattet das Gesetz dem Schuldner, falls nicht die Natur des Schuldverhältnisses oder Sonderbestimmungen entgegenstehen, seine Verbindlichkeit durch einen Dritten zu erfüllen oder sich doch bei der Erfüllung der Hülfe Anderer zu bedienen[26]. In der Erfüllung durch solche Hülfspersonen liegt danach an sich nicht eine Fahrlässigkeit des Schuldners. Auf der anderen Seite wird durch die Zuziehung Dritter zur Mitwirkung bei der Erfüllung die Lage des Gläubigers verschlechtert, da hierdurch die Bewirkung der Leistung auch von Zufällen, die sich in der Person des Dritten ereignen, sowie von einem Verschulden des Dritten abhängig wird. Das Gesetz bewirkt eine Ausgleichung der beiderseitigen Interessen — des Schuldners an der Zuziehung Dritter bei der Erfüllung, des Gläubigers an der Nichterhöhung der Gefahr der Nichtleistung oder nicht gehörigen Leistung —, indem es zwar die Mitwirkung Dritter bei der Erfüllung zuläßt, aber daran festhält, daß der Erfüllende immer der Schuldner selbst bleibt, der sich des Dritten wie eines Werkzeugs bedient, daß also die Erfüllung durch den Dritten in Ansehung der Vertretungspflicht der Erfüllung durch den

§ 278.

---

[20]) Darüber, daß hierin eine Minderung der Vertretungspflicht liegt, sowie über § 277 siehe oben § 33 S. 138 unter 4 b, wo auch die übrigen Fälle der Haftung für culpa in concreto angeführt sind. Vergl. auch HGB. § 347 Abs. 2.

[21]) Z. B. kann beim Werkvertrage vereinbart werden, daß der Unternehmer nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, beim Kaufvertrage, daß der Verkäufer nicht für Mängel der Sache, bei der Schenkung, der Gesellschaft, daß der Schenker oder der Gesellschafter für jede Fahrlässigkeit haften sollen.

[22]) M. II S. 31.

[23]) So zutreffend Dernburg II § 65 II, vergl. auch Endemann I § 112 Anm. 3. Auf den Zeitpunkt der Vornahme der Handlung allein kann es nicht ankommen. Der Beschädigte muß auch Kenntniß von der Handlung haben.

[24]) Siehe oben § 43 S. 174 Anm. 1.

[25]) Die Haftung wegen grober Fahrlässigkeit kann im voraus erlassen werden. M. II S. 31, Prot. I S. 304—305. — Vergl. auch § 476.

[26]) Nach § 267 muß sich der Gläubiger die Erfüllung durch den Dritten selbst ohne Einwilligung des Schuldners in der Regel gefallen lassen. Siehe oben § 79 S. 308.

Schuldner selbst gleichsteht, d. h. daß ein Zufall, der sich in der Person des Dritten ereignet, als ein in der Person des Schuldners sich ereignender Zufall, ein Verschulden des Dritten als ein Verschulden des Schuldners gilt. Hieraus ergiebt sich dann, daß der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit des Dritten ebenso zu vertreten hat, als handle es sich um sein eigenes Verschulden. Demgemäß bestimmt § 278 S. 1: Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters[27]) und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden[28])[29]). Hierzu ist im Einzelnen zu bemerken:

Das Anwendungsgebiet des § 278 ist das gesammte Gebiet der Schuldverhältnisse und der den allgemeinen Vorschriften über Schuldverhältnisse unterstehenden Ansprüche. Es gilt hier entsprechend das oben unter 1 a und b Gesagte.

Voraussetzung für die Anwendung des § 278 ist

a) ein bereits bestehendes Schuldverhältniß[30]). Für das Verschulden einer Hülfsperson bei der Begründung eines Schuldverhältnisses, sei es durch Rechtsgeschäft oder Rechtshandlung, gilt die Vorschrift des § 278 nicht[31]).

b) Es muß sich um einen gesetzlichen Vertreter[32]) des Schuldners

---

[27]) Im Falle der gesetzlichen Vertretung ist der gesetzliche Vertreter der Handelnde, sodaß die Haftung des Schuldners für das Verschulden des gesetzlichen Vertreters nicht zweifelhaft sein kann. M. II S. 30—31.

[28]) Ueber Konstruktionsversuche zum § 278 siehe Nußbaum, Haftung für Hülfspersonen nach § 278 BGB., in Vergleichung mit dem gemeinen und Landesrecht (Berlin 1898) S. 43 ff. Nach dem im Texte Ausgeführten erscheint die Ansicht von Nußbaum (a. a. O. S. 49), daß die Haftung aus § 278 sich als eine Erweiterung einer schon bestehenden Verbindlichkeit darstelle, nicht zutreffend. § 278 enthält nur eine Anwendung der Vorschriften über die Vertretung. Es würde umgekehrt eine Minderung der Vertretungspflicht bedeuten, wenn der allein zur Erfüllung verpflichtete Schuldner für ein Verschulden des Dritten, dessen er sich bei der Erfüllung als Werkzeug bedient, nicht haften würde.

[29]) Ueber das frühere Recht siehe M. II S. 29, Oertmann Anm. 1 zu § 278, Endemann I § 116 Anm. 1. Im allgemeinen galt sowohl nach gemeinem wie preußischem Rechte der Grundsatz, daß der Schuldner nur für culpa in eligendo und custodiendo haftet. Vergl. ALR. § 53 I, 6, § 46 I, 13, HGB. Art. 380. Anders aber § 930 I, 11 ALR., Artt. 400, 451 HGB. Der § 278 bedeutet in Ansehung des rechtsgeschäftlichen Verschuldens den Abschluß einer langjährigen Bewegung, die auf Ausdehnung der Haftung für Hülfspersonen gerichtet war.

[30]) S. oben S. 321 unter d.

[31]) Da bei der rechtsgeschäftlichen Begründung eines Schuldverhältnisses derjenige, welcher das Rechtsgeschäft vornimmt, regelmäßig für ein eigenes Verschulden nicht haftet (siehe oben Anm. 15), so kann eine Haftung für Verschulden von Hülfspersonen nicht in Frage kommen. Ebenso Schollmeyer Anm. 1 c zu § 278, Oertmann Anm. 3 c zu § 278, Endemann I § 116 Anm. 9, Staub Exkurs zu § 58 HGB. Anm. 26, vergl. auch RG. vom 21. 6. 01 in der JW. von 1901 Nr. 67/69 S. 549. Die entgegengesetzte Ansicht von Cosack I § 72 unter 5 a, Kuhlenbeck Anm. 5 zu § 278 hat im Gesetze keine Begründung. Hat eine Hülfsperson eine Erklärung unrichtig übermittelt, so ist die Erklärung wirksam, sie unterliegt aber der Anfechtung (§ 120, siehe oben § 38 S. 150 unter 5). — Inwieweit durch eine unerlaubte Handlung einer Hülfsperson eine Schadensersatzpflicht begründet wird, bestimmt § 831. Doch findet hier, wie bei jeder Schadensersatzpflicht, im Falle des § 254 Abs. 2 die Vorschrift des § 278 Anwendung (§ 254 Abs. 2 S. 2, siehe oben § 75 unter 5 a S. 301). Zu beachten ist, daß dasselbe Verhalten der Hülfsperson sich dem Einen gegenüber als rechtsgeschäftliches Verschulden, gegenüber dem Anderen als unerlaubte Handlung darstellen kann. A., der im Hause des B. als Miether wohnt, beauftragt den C., eine Gaskrone in einem seiner Zimmer anzubringen. C. schickt seinen Gesellen D., der die Krone so mangelhaft befestigt, daß sie herunterfällt, dabei zerbricht und den Parquetfußboden beschädigt. Dann haftet C. für das Verschulden des D. dem A., mit dem er in einem Vertragsverhältnisse steht, nach § 278, dem B. nur nach § 831.

[32]) Siehe oben S. 198 unter 4.

handeln **oder** um eine **Hülfsperson**, d. h. eine Person, die rein thatsächlich bei der Erfüllung mitwirkt. Ob diese Person gleichzeitig Bevollmächtigter des Schuldners ist oder nicht, ist für die Anwendung des § 278 gleichgültig[33]).

c) Der Schuldner muß sich der Hülfsperson **bedienen**, d. h. deren Mitwirkung bei der Erfüllung der Verbindlichkeit muß unmittelbar oder mittelbar mit dem Willen des Schuldners erfolgen[34]). Unerheblich ist es, ob die Hülfsperson dem Schuldner gegenüber zur Mitwirkung verpflichtet[35]) oder ob sie nur aus Gefälligkeit thätig ist[36]), ob der Schuldner sich der Hülfsperson freiwillig bedient oder ob er sich ihrer bedienen **muß**. Auch letzteren Falles bedient er sich ihrer, wenn auch gezwungen[37]). Daher sind auch der Testamentsvollstrecker, der Konkursverwalter, der Zwangsverwalter (§§ 2205 ff., 2211, KO. § 6, ZVG. § 148 Abs. 2, § 152) Hülfspersonen, deren Verschulden der Schuldner gemäß § 278 zu vertreten hat[38]). Dagegen haftet der Schuldner nicht für das Verschulden einer Person, die als Geschäftsführer ohne Auftrag bei der Erfüllung mitwirkt.

d) Der Schuldner muß sich der Hülfsperson **befugter Weise** bedienen. Bedient er sich ihrer in einem Falle, in dem er hierzu nicht befugt ist, so liegt schon in der Zuziehung der Hülfsperson ein Verschulden, das der Schuldner nach § 276 zu vertreten hat. Er haftet dann nicht nur für ein **Verschulden** der Hülfsperson, sondern auch für jeden Zufall, der die Erfüllung der Verbindlichkeit nicht berührt hätte, wenn sich der Schuldner der Hülfsperson nicht be-

---

[33]) Wenn Jemand Werthsachen zur Aufbewahrung gegen Entgelt seinem Bankier übergiebt, der die Sachen durch seinen Prokuristen verwahren läßt, so ist dieser bei der Erfüllung der von dem Bankier übernommenen Verbindlichkeit (der Verwahrung) nicht als Bevollmächtigter, sondern als bloße Hülfsperson thätig. — Hülfspersonen im Sinne des § 278 sind auch z. B. der Testamentsvollstrecker und der Konkursverwalter. Es kann hier dahingestellt bleiben, ob und wessen Vertreter diese Personen sind, oder ob sie ihre Befugniß kraft eines Amtes ausüben oder ob der Konkursverwalter als gesetzlicher Vertreter des Gemeinschuldners anzusehen ist (vergl. Jäger, Erbenhaftung und Nachlaßkonkurs im neuen Reichsrecht, Berlin 1898, S. 40 Anm. 14 und Jäger Anm. 1 ff., Anm. 21 ff. zu § 6 KO.). Jedenfalls ist Schuldner der in Betracht kommenden Verbindlichkeiten der Erbe beziehungsweise der Gemeinschuldner, als deren Hülfspersonen der Testamentsvollstrecker und der Konkursverwalter bei der Erfüllung handeln. § 278 findet Anwendung. (A. M. Nußbaum a. a. O. S. 65—66. Jäger Anm. 50 zu § 6 KO. folgert die Anwendung des § 278 daraus, daß der Konkursverwalter gesetzlicher Vertreter des Gemeinschuldners ist.) Siehe auch im Texte bei Anm. 38. Eine Frage, die von der der Anwendung des § 278 völlig unabhängig ist, ist die, ob der Erbe und der Gemeinschuldner, wenn sie ein Verschulden des Testamentsvollstreckers oder Konkursverwalters nach § 278 zu vertreten haben, mit ihrem ganzen Vermögen oder nur mit dem Nachlasse beziehungsweise mit der Konkursmasse haften. Die Haftung des Erben richtet sich auch hier nach den allgemeinen Regeln. Er haftet beschränkt oder unbeschränkt, je nachdem seine Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten überhaupt eine beschränkte oder unbeschränkte ist (vergl. Cosack II § 398 I). Der Konkursverwalter kann den Gemeinschuldner nur mit der Masse verpflichten (KO. § 6). Vergl. auch KO. § 59 No. 1.

[34]) Hieraus — nicht aus § 276 Abs. 1 S. 3, wie Schollmeyer (Anm. 1 c zu § 278) meint — folgt, daß ein unzurechnungsfähiger Schuldner für Hülfspersonen nicht nach § 278 haftet. Eine Fahrlässigkeit (§ 276 Abs. 1 S. 2 und 3) liegt in der Zuziehung der Hülfsperson überhaupt nicht (siehe oben S. 323 unter 3).

[35]) Z. B. Handlungsgehülfe, Gewerbegehülfe, Gesinde (vergl. Art. 95 Abs. 2).

[36]) Schollmeyer Anm. 1 b zu § 278, Dernburg II § 68 III a und b.

[37]) Der Wille des Schuldners wird hier durch das Gesetz ergänzt.

[38]) Siehe oben Anm. 33. A. M. Nußbaum a. a. O. S. 66. Auch der unzurechnungsfähige Erbe, Gemeinschuldner, Eigenthümer haftet, da es auf dessen eigenen Willen nicht ankommt, dieser vielmehr durch das Gesetz ergänzt wird (siehe Anm. 37), für den Testamentsvollstrecker, Konkursverwalter, Zwangsverwalter nach § 278.

dient hätte[39]). Andererseits bestimmt das Gesetz in zwei Fällen der befugten Zuziehung einer Hülfsperson bei der Erfüllung der Verbindlichkeit eine mildere Haftung als die nach § 278 begründete. Wenn der Beauftragte oder der Verwahrer, denen die Uebertragung der Ausführung des Auftrags an einen Dritten beziehungsweise die Hinterlegung der Sache bei einem Dritten gestattet ist, von dieser Erlaubniß Gebrauch machen, so haften sie nur für ein ihnen bei der Uebertragung beziehungsweise bei der Hinterlegung zur Last fallendes Verschulden (§§ 664 Abs. 1 S. 2, 691 S. 2), nicht aber für ein Verschulden des Dritten[40]).

e) Der Schuldner muß sich der Hülfsperson zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedienen[41]). Es genügt zur Anwendung des § 278 nicht,

---

[39]) Vergl. hierzu Planck Anm. 2 zu § 278, Schollmeyer Anm. 1 e zu § 278, M. II S. 30. — A. ist in Folge einer Personenverwechselung vom Schöffengerichte wegen groben Unfugs zu 50 Mk. Geldstrafe verurtheilt. Er beauftragt den Rechtsanwalt B., einen bekannten Vertheidiger, mit Einlegung der Berufung und seiner Vertheidigung in der Berufungsinstanz und verpflichtet sich zur Zahlung eines größeren Honorars. B. legt die Berufung ein, beauftragt aber seinen Kollegen C. mit der Vertretung in der Hauptverhandlung (§ 613). Auf dem Wege zum Gerichte wird C. von einer Straßenbahn überfahren, sodaß er den Termin nicht wahrnehmen kann. Als A., im Vertrauen darauf, daß er durch seinen Anwalt vertreten wird (StrPrO. §§ 370, 231, 233), erst einige Zeit nach dem Aufrufe der Sache erscheint, ist die Berufung bereits verworfen (StrPrO. § 370 Abs. 1). Dann hat B. den Zufall, der C. an Wahrnehmung des Termins verhindert hat, zu vertreten.

[40]) In der (befugten) Uebertragung des Auftrags (Substitution) oder Hinterlegung der Sache bei einem Dritten liegt nicht immer ein Fall der Zuziehung einer Hülfsperson im Sinne des § 278. Es sind beim Auftrag (und bei der Verwahrung) drei Fälle möglich. 1. Der Beauftragte überträgt die Ausführung des Auftrags befugter Weise einem Dritten derart, daß der Substitut in ein unmittelbares Rechtsverhältniß zum Auftraggeber tritt und diesem gegenüber selbständig zur Ausführung des Auftrags verpflichtet ist. Hier ist der Substitut keine Hülfsperson des Beauftragten, vielmehr besteht die Erfüllung der Verbindlichkeit (die Ausführung des Auftrags) seitens des Beauftragten in der Substitution. Bei dieser haftet er nach § 276; § 278 kommt garnicht in Betracht. 2. Die Substitution erfolgt derart, daß der Substitut zwar den Auftrag selbständig ausführt, aber hierzu nur dem Beauftragten, nicht dem Auftraggeber gegenüber verpflichtet ist, zu dem er in kein Vertragsverhältniß tritt. Dann bedient sich der Beauftragte bei Ausführung des Auftrags des Substituten als einer Hülfsperson. Dies ist der Fall des § 664 Abs. 1 S. 2 (§ 691 S. 2). 3. Der Beauftragte behält die Ausführung des Auftrags in der Hand, er bedient sich dabei aber der Mitwirkung einer anderen Person, die also nicht selbständig, sondern unter der Leitung des Beauftragten thätig ist. Das Gesetz bezeichnet diese Person als Gehülfen. Für diesen Fall gilt die allgemeine Regel des § 278 (§§ 664 Abs. 1 S. 3, 691 S. 3). Vergl. hierzu Planck Anm. 2 und 3 zu § 664, Nußbaum a. a. O. S. 68 ff.

[41]) Zum Verständnisse dieser sowie der weiteren unter g erwähnten Voraussetzung ist die Kenntniß der Entstehungsgeschichte des § 278 erforderlich. E. I § 224 Abs. 2 bestimmte: „Der Schuldner haftet in Ansehung der Erfüllung wegen des Verschuldens seines gesetzlichen Vertreters sowie wegen des Verschuldens derjenigen Personen, deren er sich zur Bewirkung der Leistung bedient." In der zweiten Kommission wurde diese Bestimmung „sachlich nicht beanstandet" (Prot. I S. 304); es wurde ihr zunächst folgende Fassung gegeben (Prot. I S. 302 unter II, 1 Abs. 3, S. 303): „Der Schuldner haftet wegen Nichterfüllung auch dann, wenn diese auf einem Verschulden des gesetzlichen Vertreters oder solcher Personen beruht, deren er sich zur Bewirkung der Leistung bedient." Sodann gab ihr die Redaktionskommission, ohne daß eine sachliche Aenderung beschlossen wäre, folgende Fassung (E. II § 234 S. 1): „Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Bewirkung der Leistung bedient, in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden". Hier ist nicht mehr von der Haftung „in Ansehung der Nichterfüllung" oder „wegen Nichterfüllung", sondern davon die Rede, „daß der Schuldner . . . . zu vertreten" hat. Die Aenderung steht offensichtlich in Verbindung mit der Umstellung der Bestimmung. Im E. I standen die Vorschriften über die Haftung für Verschulden an der Spitze, während die Vorschriften über die Nichterfüllung (Unmöglichkeit der Leistung, Verzug) und deren Folgen erst später in besonderen Unterabtheilungen folgten (§§ 237 ff.). Bei der Berathung des § 224 E. I in der zweiten Kommission wurde es der Redaktions-Kommission anheimgegeben,

daß der betreffenden Person eine Einwirkung auf den Gegenstand der Leistung gestattet ist, vielmehr muß der Schuldner durch sie die ihm dem Gläubiger gegenüber obliegende Verbindlichkeit erfüllen [42]). Andererseits ist es nicht erforderlich, daß die Hülfsperson unmittelbar bei der Leistung mitwirkt, durch deren ordnungsmäßige Bewirkung das Schuldverhältniß erlöschen würde (§ 362 Abs. 1). Es genügt vielmehr, daß sich der Schuldner der Hülfsperson zur Erfüllung irgend einer Verbindlichkeit bedient, die ihm innerhalb des Schuldverhältnisses obliegt [43]). Auch wenn Jemand, der kraft des Schuldverhältnisses verpflichtet ist eine Sache herauszugeben oder zu übertragen und bis zur Herausgabe oder Uebertragung für die Erhaltung der Sache zu sorgen, die Sache zulässiger Weise vermiethet, verpachtet, verleiht oder in Verwahrung giebt, bedient er sich regelmäßig zur Erfüllung seiner Erhaltungspflicht [44]) des Miethers, Pächters, Entleihers oder Verwahrers, deren Verschulden er demnach nach § 278 zu vertreten hat [45]).

„ob sich nicht durch eine andere Fassung verdeutlichen lasse, daß die Frage, unter welchen Voraussetzungen als feststehend gelte, daß die Verbindlichkeit nicht erfüllt werde und der Schadensersatz wegen Nichterfüllung gefordert werden könne, nicht hier, sondern erst in den §§ 237 ff. zur Entscheidung gelange" (Prot. I S. 303). Daraufhin wurde dann im § 224 E. I, §§ 233, 234 E. II das „haften für" in „vertreten" geändert. Es wurde ferner an die Spitze die grundlegende Bestimmung über die Nichterfüllung gestellt (E. II § 232, BGB. § 275), welche, wie alle Vorschriften über die Nichterfüllung, auf die vom Schuldner zu vertretenden oder nicht zu vertretenden Umstände abgestellt ist. Dann wurde zunächst bestimmt, welche Umstände denn nun der Schuldner zu vertreten hat (E. II §§ 233, 234, BGB. §§ 276—279), und sodann wurde mit den Vorschriften über die Nichterfüllung fortgefahren (E. II §§ 235 ff., BGB. §§ 280 ff.). Hierdurch wurde klargestellt, daß die §§ 275, 280 ff. die Nichterfüllung und ihre Folgen regeln und §§ 276—279 nur die Umstände bezeichnen, die bei der Erfüllung zu vertreten sind. (Eine ähnliche Ordnung des Stoffes findet sich schon bei Windscheid Band. II § 264 und § 265). — In der Revisionslesung der zweiten Kommission wurde ein Antrag, die Vertretungspflicht des Schuldners auf die Personen auszudehnen, deren er sich „zur Einwirkung auf den Gegenstand der Leistung bedient", als zu weitgehend abgelehnt. Dagegen wurde ein Antrag, die Worte „zur Bewirkung der Leistung" durch „zur Erfüllung der Verpflichtung" zu ersetzen, der Redaktionskommission überwiesen, weil die erstere Fassung zu eng sei. Wenn z. B. Jemand eine Sache herauszugeben habe, so müsse § 234 (§ 278 BGB.) nicht nur auf die Herausgabe, sondern auch auf die Verpflichtung zur Erhaltung der Sache Anwendung finden (Prot. VI S. 154—155). Die Redaktionskommission änderte darauf „Bewirkung der Leistung" in „Erfüllung seiner Verbindlichkeit" (E. III § 272).

[42]) Siehe Anm. 41 a. E. Wenn sich Jemand ein Kindermädchen hält, so bedient er sich des Mädchens, um die Kinder zu warten, nicht aber, um seine Verpflichtung, die gemiethete Wohnung in ordnungsmäßigem Zustande zu erhalten (vergl. § 548), dem Vermiether gegenüber zu erfüllen. Beschädigt das Mädchen die Wohnung, so haftet der Miether nicht nach § 278, sondern nach § 831. Vergl. Dernburg II § 69 III c.

[43]) Siehe oben S. 321 unter c und Anm. 12. Der Prinzipal hat z. B. ein Verschulden des Prokuristen nicht nur bei Gewährung des Gehalts (§ 611), sondern auch bei Einrichtung und Unterhaltung der Geschäftsräume (§ 618, HGB. § 62) zu vertreten. Nußbaum (a. a. O. S. 52 ff.) konstruiert einen Unterschied zwischen echten und unechten Verbindlichkeiten und will § 278 nur auf die echte Verbindlichkeit anwenden, als welche er ausschließlich die Verpflichtung zur Leistung ansieht. Er übersieht dabei die Entstehungsgeschichte des Gesetzes (siehe Anm. 41 a. E.). Durch die Aenderung des Wortlauts in E. I § 224 Abs. 2 und E. II § 234 sollte gerade die Nußbaumsche Auslegung verhindert werden.

[44]) Vergl. auch § 351 S. 2.

[45]) Planck Anm. 2 zu § 278, Schollmeyer Anm. 1 b zu § 278, Neumann Anm. 6 zu § 278, vergl. auch Prot. VI S. 162—163, a. M. Nußbaum a. a. O. S. 60, Kuhlenbeck Anm. 2 zu § 278. Für den Fall der Untermiethe ist die Haftung für ein Verschulden des Untermiethers im § 549 Abs. 2 ausdrücklich vorgeschrieben, und zwar in Konsequenz der Bestimmung des § 278, nicht als Ausnahme von der Regel (vergl. Prot. VI S. 163). Erfolgt die Vermiethung u. s. w. unzulässiger Weise, so liegt hierin eine Fahrlässigkeit des Schuldners selbst, die er nach § 276 zu vertreten hat.

f) Es muß ein Verschulden der Hülfsperson vorliegen. Einen Zufall, der sich in der Person des Dritten ereignet, hat der Schuldner auf Grund des § 278 nicht zu vertreten [46]). Ob eine Fahrlässigkeit der Hülfsperson vorliegt, bestimmt sich nach den Vorschriften des § 276 Abs. 1 S. 2 und 3. Insbesondere ist eine Fahrlässigkeit der Hülfsperson, welche der Schuldner zu vertreten hätte, auch dann nicht vorhanden, wenn bei der Hülfsperson die Voraussetzungen vorliegen, unter denen sie nach den Vorschriften der §§ 827, 828 für einen Schaden nicht verantwortlich ist (§ 276 Abs. 1 S. 3) [47]).

g) Das Verschulden sowohl des gesetzlichen Vertreters wie der Hülfsperson muß sich auf die Erfüllung einer dem Schuldner kraft des Schuldverhältnisses obliegenden Verbindlichkeit beziehen. Die Hülfsperson muß die Nichterfüllung oder die nicht gehörige Erfüllung verschuldet haben. Ein Verschulden des gesetzlichen Vertreters oder der Hülfsperson, das keinerlei Beziehung zu der Erfüllung einer Verbindlichkeit des Schuldners hat, das also ganz außerhalb des Schuldverhältnisses liegt, hat der Schuldner nicht nach § 278 zu vertreten. Für den durch ein solches Verschulden entstehenden Schaden haftet er nur nach Maßgabe des § 831. Es kommt hiernach für die Beantwortung der Frage, ob § 278 oder § 831 zur Anwendung kommt, nicht darauf an, ob es sich um ein Verschulden bei der Erfüllung oder nur anläßlich der Erfüllung handelt, ob das Verschulden in einer Erfüllungshandlung oder in einer anderen Handlung besteht. Entscheidend ist allein, ob ein Verschulden in Bezug auf die Erfüllung vorliegt, ob durch das Verschulden des gesetzlichen Vertreters oder der Hülfsperson die Nichterfüllung oder nicht gehörige Erfüllung verursacht ist, mag das Verschulden in einer zur Erfüllung der Verbindlichkeit oder zu einem anderen Zwecke vorgenommenen Handlung bestehen und mag die Handlung bei der Erfüllung oder nur aus Anlaß der Erfüllung vorgenommen sein. Der Schuldner hat jedes Verschulden, aber auch nur das Verschulden des gesetzlichen Vertreters und der Hülfsperson nach § 278 zu vertreten, welches eine Nichterfüllung oder nicht gehörige Erfüllung der Verbindlichkeit zur Folge hat. Für jedes andere Verschulden haftet er nur nach § 831 [48]). Will man also im einzelnen Falle zu einer richtigen Anwendung

---

[46]) Siehe oben S. 323 unter 3.

[47]) A. hat dem B. eine Majolika-Vase verkauft, die er dem B. in dessen Wohnung zu übergeben hat. A. schickt die Vase durch sein Dienstmädchen C. zu B. C. trifft unterwegs eine Bekannte, mit der sie sich unterhält, ohne genügend auf die Vase zu achten, die ihr in Folge dessen aus der Hand fällt und zerbricht. Hier liegt eine Fahrlässigkeit der C. vor, die A. nach § 278 zu vertreten hat, da er sich der C. zur Erfüllung seiner Uebergabe-Verpflichtung bedient hat. — Läßt C. die Vase in einem epileptischen Anfalle fallen, so liegt eine Fahrlässigkeit der C. nach §§ 827 S. 1, 276 Abs. 1 S. 3 nicht vor. A. hat das Fallenlassen und Zerbrechen der Vase nicht zu vertreten. Es ist aber zu beachten, daß der Schuldner zwar nach § 278 nicht nur für culpa in eligendo, aber nach § 276 auch für culpa in eligendo haftet. Wußte z. B. A., daß C. an epileptischen Anfällen leidet oder schickt er die Vase durch seinen fünfjährigen Sohn D. zu A. und läßt C. oder D. die Vase fallen, so ist zwar in beiden Fällen eine Haftung des A. nach § 278 ausgeschlossen, da ein Verschulden der C. und des D. nicht vorliegt. Wohl aber hat A. auf Grund seiner eigenen Fahrlässigkeit nach § 276 das Zerbrechen der Vase zu vertreten.

[48]) Die hier erörterte Frage ist ebenso in der Litteratur heftig umstritten wie sie in der Praxis der Anwendung des § 278 große Schwierigkeiten bereitet. Rümelin (Gründe der Schadenzurechnung, 1896 S. 70 ff., 88) will den Schuldner jede Verschuldung der Hülfsperson bei Gelegenheit der Erfüllung vertreten lassen. Dies wird zwar von den meisten Schriftstellern verworfen, von denen aber viele den Schuldner doch für den Schaden haften lassen, welcher durch eine Erfüllungshandlung verursacht ist, wenn er auch nicht den Gegenstand des Schuldverhältnisses betrifft. So z. B. Oertmann Anm. 3, c zu § 278, Staub Exkurs zu § 58 HGB. Anm. 29. Vergl. zu der Frage auch Dernburg II § 68

des § 278 gelangen, so muß man die Frage stellen: Ist durch das Verschulden der Hülfsperson eine Nichterfüllung oder nicht gehörige Erfüllung der Verbindlichkeit verursacht? Ist die Frage zu bejahen, so findet § 278, im Falle der Verneinung § 831 Anwendung [49] [50] [51]).

---

unter II, c und III, c und e, Schollmeyer Anm. 1, c und d zu § 278, Endemann I § 116 Anm. 4 und unter III, Nußbaum a. a. O. S. 72 ff. Zunächst ist die Fragestellung eine irreführende, ob der Schuldner für einen von der Hülfsperson verursachten Schaden nach dem § 278 haftet? Auf diese Frage giebt der § 278 keine Antwort. Er bestimmt nur, welches Verschulden der Hülfsperson der Schuldner zu vertreten hat. Ob aus der Vertretungspflicht eine Schadensersatzpflicht folgt, ist eine Frage, die mit dem § 278 nichts zu thun hat (siehe unten S. 331 unter III). Will man zu einer richtigen Auslegung des § 278 gelangen, so muß man seine Entstehungsgeschichte (siehe Anm. 41) berücksichtigen und die Stellung des § im System ins Auge fassen. Schon die Erstere ergiebt, daß es sich bei der Vorschrift des § 278 ausschließlich um eine Bestimmung über die Haftung wegen Nichterfüllung handelt und daß in keinem Stadium der Berathungen beabsichtigt wurde, eine andere Bestimmung zu treffen. Und nun die Stellung der Vorschrift! Sie befindet sich in dem Titel über die „Verpflichtung zur Leistung". Schon hieraus ergiebt sich, daß sie nur eine Beziehung zur Erfüllung der Verbindlichkeit haben kann. Nun bestimmt § 275, daß der Schuldner von der Verpflichtung zur Leistung frei wird, soweit die Leistung in Folge eines Umstandes unmöglich wird, den er nicht zu vertreten hat. Dann schreibt § 276 vor, daß der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat, und § 278, daß er ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und einer Hülfsperson ebenso zu vertreten hat wie eigenes Verschulden. Sodann bestimmt § 280, daß der Schuldner Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu leisten hat, soweit die Leistung in Folge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich wird, § 285, daß der Schuldner nicht in Verzug kommt, solange die Leistung in Folge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß die zwischen die Vorschriften über die Unmöglichkeit der Leistung und den Verzug eingeschobenen §§ 276—278 keine andere Bedeutung haben können als für den Fall, daß eine Unmöglichkeit der Leistung, ein Unterbleiben der Leistung (§ 285) vorliegt, festzustellen, ob sie auf einem vom Schuldner zu vertretenden Umstande beruhen. Beruht die Unmöglichkeit oder das Unterbleiben der Leistung auf einem Verschulden eines gesetzlichen Vertreters oder einer Hülfsperson, so bestimmt § 278, daß dies ein vom Schuldner zu vertretender Umstand ist, d. h. daß die Leistung in Folge eines von ihm zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden (§ 280) beziehungsweise, daß er in Verzug gekommen ist (§ 285). Speziell der § 278 kann danach gar keine andere Bedeutung haben, als für den Fall der Nichterfüllung einer Verbindlichkeit, die auf einem Verschulden des Schuldners beruht, zu bestimmen, daß der Schuldner dieses Verschulden zu vertreten hat. Wollte man aber auch annehmen, daß der § 278 auch auf ein Verschulden anzuwenden ist, das die Erfüllung der Verbindlichkeit unberührt läßt, so würde damit doch ein praktisches Resultat nicht erreicht werden, weil es für diesen Fall an einer Bestimmung fehlt, welche die Folgen der Vertretungspflicht regelt. A., der Gehülfe des Tapeziers B., soll bei C. Gardinen anbringen. Durch eine Ungeschicklichkeit zerreißt er die Gardinen, sodaß sie nicht mehr zu gebrauchen sind. B. hat nach § 278 die Fahrlässigkeit des A. zu vertreten. Seine Schadensersatzpflicht folgt aus §§ 280, 325. A. hat die Gardinen ordnungsmäßig angebracht, hat aber beim Anbringen einer Gardinenstange mit dieser durch eine Unvorsichtigkeit einen Spiegel zertrümmert. Hier ist der Schaden bei der Erfüllung durch eine Erfüllungshandlung angerichtet, aber nicht in Bezug auf die Erfüllung. Wollte man nun auch annehmen, daß auch in diesem Falle B. das Verschulden des A. nach § 278 zu vertreten hat, so fragt es sich, aus welcher Vorschrift folgt seine Schadensersatzpflicht? Die §§ 280, 325 können nicht zur Anwendung kommen, da die Leistung — das Anbringen der Gardinen — vertragsmäßig bewirkt ist. Es giebt keine andere Bestimmung, aus der eine Schadensersatzpflicht des B. im gegebenen Falle zu begründen wäre, als den § 831. Hier zeigt sich, daß das Verschulden des A. kein rechtsgeschäftliches Element enthält, daß vielmehr das Zertrümmern des Spiegels nichts als eine unerlaubte Handlung ist. Daß aber auf die Begründung eines Schuldverhältnisses durch eine unerlaubte Handlung nicht § 278, sondern § 831 Anwendung findet, ist nicht zweifelhaft (siehe oben S. 324 Anm. 31).

[49]) Der Satz: der Schuldner haftet nach § 278, wenn er, falls er die Handlung selbst vorgenommen hätte, aus dem Vertrage, nicht nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen gehaftet hätte, ist zwar zutreffend, aber er führt allein nicht zum Ziele. Er

Liegen die unter a—g erörterten Voraussetzungen vor, so hat dies die Wirkung, daß der Schuldner das Verschulden des gesetzlichen Vertreters oder der Hülfsperson in gleichem Umfange zu vertreten hat wie eigenes Verschulden (§ 278 S. 1), d. h. die Sachlage wird so beurtheilt, als hätte der Schuldner das Verschulden selbst begangen[52]). Findet also auf das Schuldverhältniß die Vorschrift des § 276 Abs. 1 S. 1 Anwendung, so hat der Schuldner auch jedes Verschulden der Hülfsperson (oder des gesetzlichen Vertreters) zu vertreten. Hat der Schuldner nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten, so ist er auch nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit der Hülfsperson verantwortlich[53]). Hat er nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, so steht er auch nur dafür ein, daß die Hülfsperson diese Sorgfalt anwendet[54]). In Betracht kommt hierbei die Sorgfalt, welche der gesetzliche Vertreter oder die Hülfsperson in ihren eigenen Angelegenheiten, nicht die, welche der Schuldner in seinen Angelegenheiten anzuwenden pflegt[55]). — Ist die Vertretungspflicht des Schuldners durch Rechtsgeschäft abweichend von den gesetzlichen Vorschriften bestimmt, so ist er auch in Ansehung der Hülfs-

umgeht die eigentlichen Schwierigkeiten, die im Grunde genommen garnicht auf dem Gebiete des § 278, sondern in der richtigen Abgrenzung des rechtsgeschäftlichen Verschuldens von der unerlaubten Handlung liegen. Würde B., wenn er in dem Falle der Anm. 48 a. E. selbst den Spiegel zertümmert hätte, aus dem Vertrag oder aus der unerlaubten Handlung haften? Das Letztere ist nach den Ausführungen im Texte und in der Anm. 48 zutreffend.

[50]) A. kauft von B. 10000 Preßkohlen, welche dem A. ins Haus zu liefern sind. C., der Kutscher des B., beschädigt beim Einfahren in das dem A. gehörige Haus in Folge ungeschickten Fahrens den Thorweg. B. haftet nur nach § 831. Zwar beruht der Schaden auf einer Erfüllungshandlung, aber das Verschulden des C. hat die Erfüllung nicht berührt, die Preßkohlen sind vertragsmäßig geliefert. — D. soll als Gehülfe des Bücherrevisors E. das Kassabuch des F. in Ordnung bringen. D. raucht bei der Arbeit eine Zigarre und steckt durch eine Unvorsichtigkeit das Buch in Brand, sodaß es völlig zerstört wird. Hier besteht das Verschulden nicht in einer Erfüllungshandlung, sondern nur in einer bei Gelegenheit der Erfüllung vorgenommenen Handlung. Durch das Verschulden ist aber die Leistung unmöglich geworden. § 278 findet Anwendung. Greift das Feuer weiter um sich, so ist E. für den weiter entstehenden Schaden, — soweit er keine Beziehung zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit hat, das Kassabuch in Ordnung zu bringen, — nur nach Maßgabe des § 831 verantwortlich.

[51]) Dem § 278 entspricht § 431 HGB. So zutreffend Staub Anm. 1 zu § 431 HGB., während die D. zum § 405 des E. eines HGB. dem § eine weitere Auslegung geben will. Vergl. auch Dernburg II § 68 III, e. Erweitert ist die Haftung der Eisenbahnen für Hülfspersonen nach § 458 HGB.

[52]) Siehe oben S. 323 unter 3.

[53]) Ebenso Planck Anm. 2 zu § 278, S. Goldmann Vorbemerkung vor § 59 ff. HGB. II, b, bb Bd. 1 S. 266. Nußbaum a. a. O. S. 88 ff., Dernburg II § 68 III f., Oertmann Anm. 8 zu § 278 wollen in diesem Falle die Vertretungspflicht des Schuldners überhaupt ausschließen. Das Gesetz kennt aber eine derartige Unterscheidung nicht. In dem von Nußbaum (a. a. O. S. 92—93) angeführten Falle, daß bei einem Brande der Befehlende der freiwilligen Feuerwehr ohne Auftrag die Leitung der Löscharbeiten übernimmt (§ 680), haftet der Befehlende auch für ein grobes Versehen seiner Leute deshalb nicht, weil er sich ihrer garnicht zur Erfüllung einer Verbindlichkeit bedient. Die Geschäftsführung ohne Auftrag ist eine Rechtshandlung.

[54]) Nußbaum und Oertmann a. a. O. verneinen auch in diesem Falle die Anwendung des § 278. Dagegen aber Dernburg II § 68 Anm. 7 a. E., der mit Recht auf § 691 S. 3 verweist.

[55]) Anderenfalls wäre die Sorgfalt, welche z. B. der gesetzliche Vertreter eines Kindes, eines Geisteskranken, einer juristischen Person anzuwenden hat, garnicht zu bestimmen. Wie hier Dernburg II § 68 II, d, der darauf hinweist, daß nur die Person des Dritten in Betracht kommen kann, weil ihr Handeln und Unterlassen in Frage steht. A. M. Planck Anm. 2 zu § 278, Staub Exkurs zu § 58 HGB. Anm. 27, S. Goldmann a. a. O. (siehe Anm. 53).

personen für dasjenige Verschulden verantwortlich, welches er nach der rechtsgeschäftlichen Bestimmung zu vertreten hat[56]). Auch kann die Vertretungspflicht des Schuldners in Ansehung des gesetzlichen Vertreters und der Hülfspersonen für sich rechtsgeschäftlich abweichend von den Vorschriften des § 278 geordnet und dabei dem Schuldner auch die Haftung wegen Vorsatzes, sowohl des gesetzlichen Vertreters[57]) wie der Hülfspersonen, im voraus erlassen werden (§ 278 S. 2).

4. Den Schuldner trifft in allen Fällen die Beweislast dafür, daß innerhalb eines bestehenden Schuldverhältnisses ein Umstand von ihm nicht zu vertreten ist (§ 282), daß also der Umstand, auf dem die Nichterfüllung oder die nicht gehörige Erfüllung beruht, kein Verschulden, beziehungsweise keine grobe Fahrlässigkeit, keine culpa in concreto seinerseits oder seitens der in Betracht kommenden Hülfsperson darstellt[58]).

III. Die §§ 276—278 bestimmen nur, welches Verschulden der Schuldner zu vertreten hat, nicht aber, welche Wirkung ein vom Schuldner zu vertretendes Verschulden auf den Inhalt des Schuldverhältnisses ausübt[59]). Sie ordnen die Vertretungspflicht, nicht aber deren Inhalt. Welche Folgen ein Umstand, den der Schuldner innerhalb eines bestehenden Schuldverhältnisses zu vertreten hat, auf die Verpflichtung zur Leistung hat, bestimmen, abgesehen von Sondervorschriften für einzelne Schuldverhältnisse, die §§ 280 ff., 323 ff. Ein allgemeiner Grundsatz, daß, wo die Rechtsfolgen der Haftung für Vorsatz oder Fahrlässigkeit nicht anders geregelt sind, diese Haftung jedenfalls eine Verpflichtung zum Schadenersatze begründet[60]), besteht daneben nicht.

---

[56]) Hat sich der Schenker verpflichtet, jedes Verschulden zu vertreten, so ist er auch für jede Fahrlässigkeit einer Hülfsperson verantwortlich. Ist dem Unternehmer die Haftung für geringe Fahrlässigkeit erlassen, so hat er auch nur grobe Fahrlässigkeit von Hülfspersonen zu vertreten.

[57]) Ebenso Staub Anm. 22 zu § 347 HGB., S. Goldmann Anm. 2 zu § 37 HGB. Bd. I S. 178, a. M. Dernburg II § 65 a. E., Endemann I § 116 Anm. 22.

[58]) Vergl. hierzu Dernburg II § 70, Staub Anm. 13 zu § 347 HGB., Planck Anm. 2 zu § 277, Oertmann Anm. zu § 277.

[59]) Siehe oben S. 326 Anm. 41, Staub Anm. 11 zu § 347 und Anm. 91 zu § 377 HGB.

[60]) So Staub a. a. O. Es bedarf auch eines solchen Grundsatzes nicht. In allen von Staub Anm. 11 zu § 347 HGB. angeführten Beispielen liegt eine Unmöglichkeit der Leistung vor, sodaß der Schuldner nach den §§ 280, 325 zum Schadensersatze verpflichtet ist. (Der Beauftragte, der Dienstverpflichtete, der Werkmeister, der eine Geschäftsführung übernommen hat, der geschäftsführende Gesellschafter geben schuldhaft eine erforderliche Nachricht nicht, ein Gesellschafter hat fahrlässiger Weise eine falsche Bilanz aufgestellt.) Siehe unten im § 85 S. 333 Anm. 13. — Liefert der Verkäufer schuldhaft eine Waare, der gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften fehlen und entsteht hierdurch für den Käufer ein Schaden (Staub Anm. 91 zu § 377 HGB.), so ist zu unterscheiden, ob der Mangel erst nach dem Kaufabschlusse durch ein Verschulden des Verkäufers entstanden ist, oder ob er bereits beim Abschlusse des Vertrags vorhanden war. Ersteren Falles ist der Verkäufer nach § 325 zum Schadensersatze verpflichtet, letzteren Falles besteht eine Verpflichtung zum Schadensersatze nicht. Gegenüber der positiven Vorschrift des § 463 S. 2 erscheint die Berufung auf einen im Gesetze nicht enthaltenen allgemeinen Grundsatz nicht zulässig. Diese würde aber auch nicht einmal zum Ziele führen, da es sich im gegebenen Falle um ein Verschulden beim Abschlusse des Vertrags, nicht innerhalb eines bestehenden Schuldverhältnisses handelt. Hier findet § 276 garnicht Anwendung (siehe oben S. 321 unter d), der Verkäufer hat ein Verschulden beim Vertragsabschluß an sich nicht zu vertreten. Seine Haftung beruht nur auf den besonderen Vorschriften der §§ 459 ff.

§ 85. Die Wirkung der nachträglichen Unmöglichkeit der Leistung.[1])

I. Wenn der Schuldner die Leistung nicht bewirkt oder wenn er sie nicht so bewirkt, wie es dem Inhalte des Schuldverhältnisses entspricht[2]), so hat dies seinen Grund entweder darin, daß der Schuldner nicht leisten kann, oder darin, daß er nicht leisten will.[3]) In beiden Fällen liegt eine Unmöglichkeit der Leistung vor. In ersterem ist sie die Ursache, in letzterem die Folge der Nichtleistung[4])[5]). Beide Fälle stehen grundsätzlich rechtlich gleich; ihre Wirkungen richten sich nach den Vorschriften der §§ 275, 280 ff. Nur wenn die auf dem Nichtwollen des Schuldners beruhende Unmöglichkeit der Leistung nur eine zeitweise ist und der Schuldner in Verzug geräth (§ 284), finden die Vorschriften der §§ 285 ff. Anwendung[6]).

II. Ob eine Leistung unmöglich ist, ist unter Berücksichtigung des § 242 zu entscheiden. Danach liegt eine Unmöglichkeit nicht nur vor, wenn die Leistung nothwendig nicht bewirkt werden kann, sondern auch dann, wenn nach Lage der Umstände Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte die Bewirkung der Leistung seitens des Schuldners nicht erfordern[7]).

III. Die Unmöglichkeit der Leistung kann sein

1. eine objektive oder eine subjektive. Objektiv unmöglich ist eine Leistung, die für Jeden unmöglich ist, z. B. die Lieferung einer nicht vor-

---

[1]) Vergl. hierzu: Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht (Leipzig 1900), Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem BGB. (Jena 1900), Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem BGB. (Jena 1900), Biermann, Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung im bürgerlichen Recht (Arch. f. d. civil. Praxis Bd. 91 S. 73 ff.).

[2]) Siehe oben S. 318 unter I.

[3]) Kleineidam a. a. O. S. 1.

[4]) A. bestellt bei B. einen Wagen, der ihn zu dem um 4 Uhr abgehenden Zuge nach dem Bahnhofe fahren soll. Wird B. vom Schlage gerührt, so leistet er nicht, weil ihm die Leistung unmöglich geworden ist, weil er nicht leisten kann. Kommt er aus Nachlässigkeit erst nach 4 Uhr, um A. abzuholen, so konnte er zwar leisten, aber er wollte nicht. Die Leistung ist unmöglich geworden dadurch, daß sie nicht bewirkt ist. B. kann jetzt nicht leisten, weil er nicht zur rechten Zeit leisten wollte und geleistet hat.

[5]) Darüber, welche Arten der Unmöglichkeit im einzelnen Falle in Betracht kommen, siehe im Texte unter III, insbesondere Nr. 3—5. Schon hier sei darauf hingewiesen, daß es sich nicht immer um eine vollständige und dauernde Unmöglichkeit zu handeln braucht. Eine Unmöglichkeit der Leistung liegt auch vor, wenn diese nur theilweise oder zeitweise unmöglich wird. A. verlangt die dem B. zur Aufbewahrung übergebene Sache am 3. 9. von B. zurück. B. verweigert die Rückgabe. Dann bleibt diese an sich möglich, aber unmöglich wird die rechtzeitige Rückgabe, nämlich die Rückgabe am 3. 9. Es liegt eine zeitweise Unmöglichkeit vor (siehe im Texte unter 4).

[6]) Die Ansicht von Kleineidam a. a. O. S. 1, daß die Wirkungen der Unmöglichkeit verschieden normiert seien, je nachdem diese auf einem Nichtkönnen oder Nichtwollen beruhe, erscheint nicht zutreffend. Nur der Fall des Verzugs scheidet aus der allgemeinen Regelung aus.

[7]) Vergl. Titze a. a. O. S. 2 ff., S. 9, Kisch a. a. O. S. 12 ff., Kleineidam a. a. O. S. 15. Kisch (S. 13 Anm. 10) führt als Beispiel an, daß ein Schauspieler das übernommene Gastspiel an einem inzwischen von einer Epidemie befallenen Orte nicht zu geben braucht (§ 275). Natürlich darf der aufgestellte Grundsatz nicht dahin führen, jede Erschwerung der Leistung als Unmöglichkeit zu behandeln. Wenn z. B. die verkaufte vom Verkäufer erst anzuschaffende Waare erheblich im Preise steigt, wenn die vom Ausland einzuführende Waare mit einem Eingangszolle belegt wird, so wird dem Verkäufer die Leistung zwar erschwert aber nicht unmöglich. Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern in erster Reihe, daß die geschuldetete Leistung auch unter erschwerenden Umständen bewirkt wird.

handenen Sache, subjektiv unmöglich eine Leistung, die nur für den Verpflichteten unmöglich, für einen Anderen aber möglich ist, z. B. die Lieferung einer Sache, die nicht dem Schuldner, sondern einem Anderen gehört. Die subjektive Unmöglichkeit bezeichnet das Gesetz als „Unvermögen zur Leistung" (§ 275 Abs. 2);

2. eine natürliche oder juristische. Juristisch unmöglich ist die Leistung, welche das Gesetz nicht zuläßt. Natürlich unmöglich ist die Uebergabe einer nicht vorhandenen Sache, juristisch unmöglich ist es, seine Schwester zu heirathen;

3. eine vollständige oder theilweise, je nachdem die ganze Leistung unmöglich ist oder nur ein Theil und zwar derart, daß der Rest nach dem Inhalte des Schuldverhältnisses noch als Leistung des geschuldeten Gegenstandes gelten kann. Die Unmöglichkeit eines Theiles der Leistung steht danach der theilweisen Unmöglichkeit nicht immer gleich. Sie kann unter Umständen eine vollständige Unmöglichkeit begründen [8]);

4. eine dauernde oder zeitweise, je nachdem sich die rechtzeitige Beseitigung der Unmöglichkeit, d. h. die Beseitigung zu einer Zeit, zu der die Leistung noch als die geschuldete gelten kann, absehen läßt oder nicht [9]). Nur hierauf kommt es an, nicht darauf, ob die Leistung thatsächlich für immer unmöglich ist, da dies in vielen Fällen der menschlichen Erkenntniß verschlossen ist. — Aehnlich wie im Falle 3 ist die Unmöglichkeit nur innerhalb einer bestimmten Zeit mit zeitweiser Unmöglichkeit nicht gleichbedeutend. Sie begründet, wenn die Zeit für die Leistung wesentlich ist, eine dauernde Unmöglichkeit [10]). Anderenfalls ist die Unmöglichkeit nur eine zeitweise. Die Leistung, welche zu der durch das Schuldverhältniß bestimmten Zeit nicht bewirkt ist, kann naturgemäß zu dieser Zeit nicht mehr bewirkt werden, wohl aber ist, wenn die Zeit nicht wesentlich ist, die spätere Leistung möglich. Die zeitweise Unmöglichkeit ist eine theilweise Unmöglichkeit in Ansehung der Zeit [11]).

5. Die Unmöglichkeit der Leistung kann sich auf jeden Bestandtheil der Verbindlichkeit des Schuldners beziehen: auf die Zeit der Leistung (Nr. 4), den Ort und den Gegenstand der Leistung [12]). Kann der Schuldner nicht an dem durch das Schuldverhältniß bestimmten Orte leisten, so liegt in Ansehung eines Theiles der Leistung eine Unmöglichkeit vor. Hat die geschuldete Sache nicht diejenigen Eigenschaften, welche sie nach dem Inhalte des Schuldverhältnisses haben muß, wird eine Handlung nicht so geleistet, wie sie geschuldet wird, so ist die Leistung insoweit unmöglich, als die Sache oder die Leistung nicht dem Inhalte des Schuldverhältnisses entspricht [13]). Hieraus und aus den Ausführungen

---

[8]) Wenn Jemand 4 Schimmel als Viergespann kauft, so liegt, wenn eines der Pferde fällt, eine vollständige Unmöglichkeit der Leistung — Lieferung eines Viergespanns — vor. Waren die Pferde nicht als Viergespann gekauft, so handelt es sich nur um eine theilweise Unmöglichkeit.

[9]) So zutreffend Kisch a. a. O. S. 24.

[10]) Siehe das Beispiel in Anm. 4.

[11]) Vergl. M. II S. 56, Titze a. a. O. S. 33, 41. Beruht die zeitweise Unmöglichkeit auf einem vom Schuldner zu vertretenden Umstande, so liegt Verzug vor (§ 285).

[12]) Vergl. die zutreffenden Ausführungen bei Titze a. a. O. S. 31 ff.

[13]) Schollmeyer Anm. 1 zu § 275, Titze a. a. O. S. 31, 43 ff., 255 ff., Kisch a. a. O. S. 168, 193 ff., Kleineidam a. a. O. S. 155 ff. Vergl. auch ALR. §§ 369 bis 376 I, 5. Hat z. B. die vom Verkäufer zu liefernde Sache einen Mangel, so ist die vertragsmäßige Leistung unmöglich. Giebt ein Beauftragter die erforderliche Nachricht nicht, stellt der Gesellschafter eine falsche Bilanz auf (siehe S. 331 Anm. 60), so ist die Leistung — die Benachrichtigung, die Aufstellung einer richtigen Bilanz — unmöglich. Meist wird es sich hier nur um eine theilweise oder zeitweise Unmöglichkeit handeln. Die Benachrichti-

zu I ergiebt sich die weittragende Bedeutung der Vorschriften über die Unmöglichkeit der Leistung (§§ 275, 280 ff.). Nach ihnen bestimmt sich die Wirkung jeder Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung auf den Inhalt des Schuldverhältnisses, soweit nicht das Gesetz Sondervorschriften gegeben hat[14]).

IV. Die Wirkung der nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Unmöglichkeit der Leistung[15]) ist verschieden, je nachdem die Unmöglichkeit auf einem vom Schuldner zu vertretenden Umstande beruht oder nicht[16]).

§ 275. 1. Die Leistung wird unmöglich in Folge eines vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstandes.

a) In diesem Falle wird der Schuldner von der Verpflichtung zur Leistung frei (§ 275 Abs. 1), mag die Unmöglichkeit eine objektive oder eine subjektive (ein Unvermögen zur Leistung, § 275 Abs. 2) sein[17]). In zwei Fällen steht jedoch das bloße Unvermögen zur Leistung der (objektiven) Unmöglichkeit der Leistung nicht gleich.

α) Als ein von der Verpflichtung befreiendes Unvermögen zur Leistung gilt niemals die bloße Zahlungsunfähigkeit des Schuldners. In dem Versprechen der Leistung ist die Uebernahme einer Garantie dafür zu finden, daß das Vermögen des Schuldners hinreicht, die Erfüllung zu bewirken. Daher ist eine nachträglich eintretende Zahlungsunfähigkeit ohne Einfluß auf die Verpflichtung zur Leistung[18]).

---

gung, die Aufstellung einer richtigen Bilanz bleibt möglich. Aber auch wenn sie später erfolgt, so bleibt sie für die vorhergehende Zeit, in der sie hätte erfolgen müssen, unmöglich. Liegt ein Verschulden des Beauftragten oder des Gesellschafters vor, so ist er nach § 280 zum Schadensersatze verpflichtet. Die Vorschriften über den Verzug kommen hier nicht in Frage. Wenn der Gesellschafter die Bilanz rechtzeitig aufgestellt hat, so liegt ein Verzug nicht vor. Aber auch wenn er mit der Aufstellung im Verzuge war, so ist doch der durch die Unrichtigkeit der Bilanz entstandene Schaden nicht eine Folge des Verzugs. Für diesen Schaden haftet er nach § 280, nicht nach § 286.

[14]) Als solche sind besonders hervorzuheben die Bestimmungen über den Verzug (§§ 286 ff.), die Gewährleistung (§§ 459 ff.). Vergl. auch §§ 433 ff., 446, 447 und des Näheren Titze a. a. O. S. 255—327.

[15]) Es ist zu beachten, daß es sich hier nur um die nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretende Unmöglichkeit handelt. Maßgebend ist der Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts, der Schließung des Vertrags (vergl. § 307), und zwar auch wenn diese aufschiebend bedingt oder befristet sind. Ebenso Kisch a. a. O. S. 25 ff., S. 30. Theilweise abweichend Kleineidam a. a. O. S. 85 ff. Ueber Unmöglichkeit der Leistung bei Entstehung des Schuldverhältnisses siehe unten § 92.

[16]) Vergl. oben § 84 S. 318 ff. Ueber § 287 BGB. siehe unten § 87 unter 4. — Die §§ 275, 280 ff. handeln nur von den Wirkungen der Unmöglichkeit auf die Leistungspflicht des Schuldners. Ueber die Wirkungen, welche die Unmöglichkeit der Leistung beim gegenseitigen Vertrag auf die Rechte und Pflichten des anderen Theiles ausübt, bestimmen die §§ 323 ff. Siehe unten § 97.

[17]) Wenn A. dem B. seinen Wagen leiht, so wird B. von der Verpflichtung zur Rückgabe frei, wenn ohne sein Verschulden der Wagen verbrennt (objektive) oder gestohlen wird (subjektive Unmöglichkeit der Rückgabe).

[18]) Vgl. M. II S. 45. — Gegenüber der in dem Versprechen liegenden Garantieübernahme ist es in Ansehung der Zahlungsfähigkeit völlig unerheblich, ob Geld oder sonst eine der Gattung nach bestimmte Sache oder eine in sich bestimmte Sache geschuldet wird. In allen diesen Fällen muß der Schuldner seine Fähigkeit vertreten, zu zahlen oder den zu leistenden Gegenstand anzuschaffen. Danach ist auch das von Cosack I § 98 II, 1b S. 334 angeführte Beispiel zu entscheiden: M. verspricht dem N. ein bestimmtes auf der Ausstellung befindliches Bild Menzels und zwei Ungersche Radierungen zu liefern; durch den unvermutheten Bankerott seines Bankiers verarmt M. und kann beide Verpflichtungen nicht erfüllen. M. wird hierdurch von keiner der beiden Verpflichtungen befreit. Nach Cosack soll M. wegen des Menzel nach § 275 Abs. 2 befreit werden, wegen der Radierungen nach § 279 haftbar bleiben.

β) Wenn der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt ist, so ist zu unterscheiden, ob das Unvermögen des Schuldners zur Leistung ausschließlich auf einer Behinderung der Person des Schuldners beruht oder ob es nur darin besteht, daß der Schuldner bestimmte Gegenstände der Gattung nicht leisten kann, während im übrigen die Leistung aus der Gattung möglich ist. Im ersteren Falle wird der Schuldner nach § 275 Abs. 2 befreit; im zweiten Falle bleibt die Verpflichtung des Schuldners bestehen (§ 279; genus non perire censetur)[19]. § 279.

b) Die Befreiung des Schuldners von der Verpflichtung tritt ein, soweit die Unmöglichkeit[20]) reicht. Ist sie eine dauernde, so wird der Schuldner gänzlich befreit; ist sie eine zeitweise, so wird er nur zur Zeit befreit (§ 275 „soweit", vergl. § 285)[21]). Wird die Leistung nur theilweise unmöglich, so bleibt der Schuldner zur Leistung des möglichen Theiles verpflichtet.

Beide Vorschriften kommen aber gar nicht zur Anwendung; entscheidend ist allein die Garantieübernahme. — Wie hier Planck Anm. 2 zu § 279, Dernburg II § 60 III, 3, Schollmeyer Vorbemerkung zu §§ 275—283 unter 2b, Titze a. a. O. S. 93 ff., A. M. außer Cosack auch Oertmann Anm. 3 zu § 275, Kleineidam a. a. O. S. 17—18, Biermann a. a. O. S. 101.

[19]) Daß dies der Inhalt des § 279 ist, wird nicht zweifelhaft sein können, obwohl seine Fassung Mißdeutungen (Cosack I § 98 II S. 334, § 105 I, 3, b S. 343) nicht ausschließt. Nicht jedes unverschuldete Unvermögen ist also beim Gattungsschuldverhältnisse zu vertreten, sondern nur das Unvermögen zur Leistung einzelner Gegenstände der Gattung. Dies ergiebt auch der Wortlaut des § insofern, als anderenfalls die Worte, „so lange die Leistung aus der Gattung möglich ist", ohne jede Bedeutung wären. Sie wären völlig überflüssig, wenn alle Fälle des Unvermögens von der Bestimmung getroffen werden sollten, da die Worte „Unvermögen zur Leistung" allein bei einer Gattungsobligation schon den Fall mit umfassen würden, daß nur die Leistung einzelner Gegenstände unmöglich, die Leistung aus der Gattung aber möglich ist. Die Hinzufügung jener Worte bedeutet, daß nur dieser letztere Fall gemeint ist: das Unvermögen zur Leistung einzelner Gegenstände der Gattung, während die Leistung aus der Gattung möglich ist. Der dem § 279 entgegengesetzte Fall ist nicht der, daß die Leistung aus der Gattung unmöglich ist, — denn dann liegt kein Unvermögen, sondern eine objektive Unmöglichkeit vor, — sondern, daß das Unvermögen auf einem Umstande beruht, der sich nicht auf die Leistung aus der Gattung bezieht, vielmehr nur die Person des Schuldners betrifft. — Wenn A. von B. 1000 Tonnen russischen Roggen kauft, abzuladen von Liebau im Juli 1900, und im Juni von Rußland ein Ausfuhrverbot erlassen wird, so ist die Leistung aus der Gattung unmöglich; es liegt eine objektive Unmöglichkeit vor, durch die B. befreit wird (§ 275 Abs. 1). Wenn C. von D., der ein großes Roggenlager hat, 100 Tonnen Roggen kauft, lieferbar binnen 24 Stunden und das Lager des D. vollständig abbrennt, so daß D. zur Leistung nicht im Stande ist, so liegt ein bloßes Unvermögen zur Leistung vor, das darauf beruht, daß D. den von ihm für die Lieferung in Aussicht genommenen Roggen nicht liefern kann, während die Leistung aus der Gattung (die Lieferung von Roggen) möglich bleibt. D. wird in diesem Falle nicht befreit (§ 279). Wenn D. dadurch an der Lieferung verhindert wird, daß er gleich nach Abschluß des Geschäfts so schwer erkrankt, daß er die Lieferung weder selbst noch durch andere bewirken kann, so liegt zwar auch nur eine subjektive Unmöglichkeit (ein Unvermögen zur Leistung) vor, sie hat aber keine spezielle Beziehung zu dem Gegenstande der Leistung, sondern beruht auf einer Behinderung der Person des Schuldners. Der Schuldner wird deshalb von seiner Verbindlichkeit befreit (§ 275 Abs. 2). Ebenso sind die von Cosack Bd. I § 98 S. 334 unter III und § 105 S. 343 unter b angeführten Beispiele zu entscheiden. Die unbefriedigenden Resultate, zu denen Cosack selbst gelangt, haben im Gesetze keine Begründung. Zustimmend Dernburg II § 62 II, 3, Neumann Anm. 2 zu § 279, Kisch a. a. O. S. 117. A. M. Oertmann Anm. zu § 279, Titze a. a. O. S. 92, Kleineidam a. a. O. S. 125, Biermann a. a. O. S. 100.

[20]) Unter Unmöglichkeit ist hier und im Folgenden stets die objektive sowie die befreiende subjektive Unmöglichkeit (das Unvermögen zur Leistung) zu verstehen.

[21]) Siehe oben S. 333 unter 4.

§ 281 Abs. 1. c) Wenn auch der Schuldner von seiner Verpflichtung befreit wird, so wird doch das Schuldverhältniß nicht gänzlich aufgehoben. Daher ist der Gläubiger berechtigt, falls der Schuldner in Folge des Umstandes, welcher die Leistung unmöglich macht, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch erlangt, Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder Abtretung des Ersatzanspruchs zu verlangen (§ 281 Abs. 1)[22].

Voraussetzung dieses Anspruchs ist:

α) daß der Schuldner den Ersatz (oder den Ersatzanspruch) in Folge des Umstandes erlangt, welcher die Leistung unmöglich macht[23]. Erlangt er den Ersatz in Folge eines Umstandes, der schon vor Begründung des Schuldverhältnisses die Leistung unmöglich machte, auf den also die Vorschrift des § 275 nicht Anwendung findet, so liegen die Voraussetzungen des § 281 ebensowenig vor, wie wenn die Erlangung des Ersatzes nicht die unmittelbare Folge des Umstandes ist, welcher die Leistung unmöglich macht[24].

β) daß der Schuldner den Ersatz (oder Ersatzanspruch) für den geschuldeten Gegenstand erlangt, d. h. für die Sache oder das Recht[25], welche unmittelbar den Gegenstand der geschuldeten Leistung bilden. So kann der Käufer den Ersatz für die verkaufte Sache, der Gläubiger, dem die Abtretung einer Forderung versprochen ist, den Ersatz für die abgetretene Forderung verlangen, nicht aber der Miether oder Pächter den Ersatz für die vermiethete oder verpachtete Sache, da ihr Anspruch nicht auf die Gewährung der vermietheten Sache oder des verpachteten Gegenstandes, sondern nur auf die Gewährung des Gebrauchs der Sache oder des Gegenstandes gerichtet ist[26].

---

[22]) Da das Schuldverhältniß bestehen bleibt, so haften Bürgen und Pfänder auch für den Anspruch auf den Ersatz (vergl. §§ 767, 1210).

[23]) Wenn im Falle der Anm. 17 S. 334 B. den Wagen gegen Feuer oder Diebstahl versichert hat, so muß er die an ihn gezahlte Versicherungssumme an A. herausgeben oder ihm seinen Anspruch aus der Versicherung abtreten. Lag eine Brandstiftung vor, so kann A. Abtretung des Anspruchs gegen den Brandstifter oder Herausgabe des von diesem gezahlten Ersatzes verlangen.

[24]) Wenn A. sein Pferd, das er dem B. geliehen hat, dem C. verkauft, ohne zu wissen, daß das Pferd zur Zeit des Verkaufs in Folge einer groben Fahrlässigkeit des B. gefallen war, so kann C. nicht Abtretung des Ersatzanspruchs des A. gegen B. verlangen. Vielmehr ist der Kaufvertrag nichtig (§ 306, vergl. § 307). — Das Pferd fällt nach dem Kaufabschluß, ohne daß B. ein Verschulden trifft und ohne daß in dem Verleihen des Pferdes ein Verschulden des A. liegt. B., der sich moralisch verpflichtet fühlt, schenkt dem A. ein anderes Pferd. Dann ist A. zur Herausgabe dieses Pferdes an C. nach § 281 nicht verpflichtet. Er hat das Pferd nicht unmittelbar in Folge des Umstandes erlangt, welcher die Leistung unmöglich gemacht hat.

[25]) Siehe oben S. 115 Anm. 2.

[26]) Nach E. I § 238 Abs. 1 sollte der Schuldner, welcher von der Verpflichtung zur Leistung befreit ist, den Ersatz „für den Gegenstand der letzteren" (der Leistung) herausgeben. In der zweiten Kommission wurde eine Aenderung nicht beabsichtigt (Prot. I S. 316). Die Redaktionskommission setzte an Stelle von „Gegenstand der Leistung" „den geschuldeten Gegenstand". (Vergl. Windscheid Pand. II § 252 Anm. 1, dessen Warnung nicht beherzigt ist.) Hierunter kann danach nicht der Gegenstand des Schuldverhältnisses — das ist die Leistung (E. I § 206, vergl. BGB. § 241) — sondern in Uebereinstimmung mit E. I nur der Gegenstand der geschuldeten Leistung verstanden werden. Beim Kaufe ist Gegenstand der Leistung die Sache, beim Werkvertrage das Werk, dagegen beim Miethvertrage, beim Leihvertrage der Gebrauch der Sache. Die Verpflichtung des Verkäufers erstreckt sich nach § 434 auf den „verkauften Gegenstand", die des Unternehmers auf das „versprochene Werk" (§ 631), die des Miethers und Entleihers auf „den Gebrauch der vermietheten" (§ 535), „den Gebrauch der geliehenen Sache" (§ 598). Nur in den ersteren Fällen bezeichnet der Sprachgebrauch die Sache als eine geschuldete. Man spricht wohl davon, daß der Verkäufer dem Käufer, nicht aber, daß der Vermiether dem Miether die Sache schuldet. Danach

Ebensowenig kann der Dienstberechtigte Herausgabe eines Ersatzes verlangen, den der zur Dienstleistung Verpflichtete für eine Schmälerung seiner Arbeitskraft erlangt hat, da Gegenstand der Leistung hier nur die versprochenen Dienste (§ 611) sind, nicht die Arbeitskraft des Verpflichteten;

γ) daß der Schuldner einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch erlangt hat. Auf eine Gegenleistung, die der Schuldner auf Grund eines Rechtsgeschäfts mit einem Dritten von diesem für den geschuldeten Gegenstand erlangt oder zu fordern hat, erstreckt sich der Anspruch des Gläubigers nicht. Einen Ersatz oder Ersatzanspruch kann der Schuldner nur in Folge eines Schaden bringenden Ereignisses erlangen[27]). Hiernach kann z. B. der Käufer, wenn der Verkäufer den verkauften Gegenstand zum zweiten Male an einen Anderen verkauft, Herausgabe des Kaufpreises oder Abtretung des Anspruchs auf Zahlung des Kaufpreises nicht verlangen[28]).

2. Die Leistung wird unmöglich in Folge eines vom Schuldner zu vertretenden Umstandes.

In diesem Falle dauert das Schuldverhältniß in vollem Umfange fort.

Dem Gläubiger stehen folgende Rechte zu:

a) Er kann den Anspruch auf die Leistung geltend machen, obwohl dieselbe unmöglich ist. Nur die von dem Schuldner nicht zu vertretende Unmöglichkeit befreit diesen von der Verpflichtung zur Leistung. Die Geltendmachung des Anspruchs kann unter Umständen für den Gläubiger einen praktischen Werth haben, so bei Gattungsschuldverhältnissen und bei zeitweiser Unmöglichkeit[29]), oder wenn der Gläubiger, der in Ansehung des Beweises der Unmöglichkeit Schwierigkeiten befürchtet, den ihm durch § 283 eröffneten Weg beschreiten will[30]).

---

ist „der geschuldete Gegenstand" wohl die verkaufte, aber nicht die vermiethete Sache. Ebenso M. II S. 46—47, Titze a. a. O. S. 120, a. M. Schollmeyer Anm. 2 e zu § 281, Kleineidam a. a. O. S. 116 ff.

[27]) So zutreffend Kisch a. a. O. S. 198 ff. A. M. Schollmeyer Anm. 2 b und 5 e zu § 281, Dernburg II § 62 IV, Oertmann Anm. 2 c zu § 281, Titze a. a. O. S. 117.

[28]) Dies übrigens auch deshalb nicht, weil die Voraussetzung zu α nicht vorliegt. Durch den nochmaligen Verkauf wird die Leistung nicht unmöglich, sondern durch die Uebertragung des Eigenthums. Den Kaufpreis oder den Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises erlangt der Schuldner aber nicht in Folge der Eigenthumsübertragung, sondern durch Abschluß des Kaufvertrags.

[29]) A., welcher einen sogenannten Sterbethaler (aus dem Jahre 1861 mit dem Bildnisse Friedrich Wilhelms IV.) besitzt, verspricht dem B., ihm einen solchen seltenen Thaler zu schenken. Vor der Uebergabe wird dem A. ohne sein Verschulden der ihm gehörige Thaler gestohlen. Das Unvermögen des A. beruht auf einem Zufalle, der von ihm zu vertreten ist, da der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt ist (§ 279, oben S. 335 unter β). B. kann gegen A. auf Lieferung eines Sterbethalers klagen und A. muß trotz seines Unvermögens zur Leistung verurtheilt werden. Falls er bis zur Vollstreckung des Urtheils in den Besitz eines anderen Sterbethalers gelangt ist, kann die Vollstreckung gemäß §§ 884, 883 Abs. 1 CPO. zur Befriedigung des B. führen. Anderenfalls kann B. die Rechte aus § 326 BGB. und § 893 CPO. geltend machen. (Wenn A. dem B. den bestimmten ihm gehörigen Sterbethaler schenkt, so wird er durch den Diebstahl befreit; § 275 Abs. 2, § 521).

[30]) Siehe unten unter VI S. 339. Ebenso Planck Anm. 3 zu § 280, Anm. 1 zu § 282, Oertmann Anm. 4 zu § 280, Anm. 2 zu § 275, Neumann Anm. IV, 2, a zu § 275, Cosack I § 98 II, 2, b, Kisch a. a. O. S. 122 ff., vergl. auch M. II S. 54. A. M. Dernburg II § 60 II, Kleineidam a. a. O. S. 107 ff., Schöller bei Gruchot Bd. 45 S. 535 ff. Einige der angeführten Schriftsteller wollen den Anspruch auf die Leistung nur als Schadensersatzanspruch nach §§ 280 Abs. 1, 249 S. 1 gelten lassen. Dieses Umwegs bedarf es nicht, da der Erfüllungsanspruch nicht, wie im Falle des § 283, ausgeschlossen ist.

§ 280 Abs. 1. b) Er kann aber auch sofort Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern (§ 280 Abs. 1), und zwar Entschädigung in Geld (§ 251 Abs. 1)[31].

c) Er kann auch Herausgabe des Ersatzes oder Abtretung des Ersatzanspruchs (§ 281 Abs. 1) verlangen[32]. Diesen Anspruch kann er neben dem Schadensersatzanspruche geltend machen, doch mindert sich dann

§ 281 Abs. 2. die Entschädigung um den Werth des erlangten Ersatzes beziehungsweise um den Werth desjenigen, was der Schuldner auf Grund des Ersatzanspruchs erlangt (also nicht um den Nominalbetrag der Forderung, § 281 Abs. 2)[33].

d) Ist die Leistung nur theilweise unmöglich geworden, so kann der Gläubiger:

α) Leistung des möglichen Theiles fordern und wegen des unmöglichen Theiles die Rechte zu a—c geltend machen.

§ 280 Abs. 2. β) Er kann aber auch, falls die theilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat, den noch möglichen Theil der Leistung ablehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen (§ 280 Abs. 2). Der Gläubiger hat zu beweisen, daß die theilweise Erfüllung kein Interesse für ihn hat. Hat er ein Interesse an der Theilleistung, so kann er nur in Ansehung des unmöglichen Theiles die Rechte zu a—c geltend machen[34].

Auf das Recht, unter Ablehnung des möglichen Theiles der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit zu fordern, finden die Vorschriften über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht (§§ 346—356) Anwendung (§ 280 Abs. 2 S. 2). Danach wird die Geltendmachung des Rechtes dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Gläubiger den empfangenen Theil der Leistung wegen zufälligen Unterganges nicht zurückgeben kann (§ 350). Der Schuldner trägt also bis zur Ergänzung die Gefahr der Theilleistung[35]. Der Schuldner kann ferner dem Gläubiger für die Ausübung des Rechtes eine angemessene Frist bestimmen, nach deren Ablauf das Recht erlischt, wenn es nicht vorher ausgeübt ist (§ 355)[36].

V. Die Beweislast für die Unmöglichkeit der Leistung trifft denjenigen, welcher Rechte aus der Unmöglichkeit herleitet, also den Schuldner, wenn er seine Befreiung von der Verbindlichkeit auf die Unmöglichkeit stützt,

---

[31]) Nach Planck Anm. 3 zu § 280, Oertmann Anm. 4 zu § 280 soll der Gläubiger bei bloßem Unvermögen des Schuldners zunächst nur nach § 249 S. 1 Erfüllung fordern können (siehe Anm. 30). Wenn aber die Leistung unmöglich ist, so liegt der Fall des § 251 vor. Vergl. auch Schöller bei Gruchot Bd. 44 S. 607.

[32]) Siehe oben S. 336 unter c.

[33]) Die Abtretung erfolgt zahlungshalber, nicht an Zahlungsstatt. Vergl. Prot. I S. 318, Oertmann Anm. 5 zu § 281. A. M. Planck Anm. 3 zu § 281, nach dem sich der Schadensersatzanspruch um den Werth des abgetretenen Anspruchs zur Zeit der Abtretung mindert. — Im Falle der Anm. 29 verlangt B. Schadensersatz in Höhe von 50 Mk. und Abtretung des Anspruchs gegen die Versicherungsgesellschaft, bei welcher der Thaler gegen Diebstahl mit 50 Mk. versichert war. Ist die Gesellschaft zahlungsfähig, so kann B. nur Abtretung der Forderung, und wenn er auf Grund der Abtretung 50 Mk. erhält, keine weitere Zahlung verlangen. Ist die Gesellschaft in Konkurs gerathen, in dem 10% in der Masse liegen, so kann B. Zahlung von 45 Mk. und Abtretung des Anspruchs gegen die Gesellschaft beanspruchen.

[34]) Siehe das Beispiel in § 97 Anm. 20.

[35]) Dies gilt nur, wenn der Gläubiger die Theilleistung als vorläufige unter Vorbehalt der Ergänzung angenommen hat. Nimmt er sie endgültig an, so kann § 280 Abs. 2 keine Anwendung finden.

[36]) Näheres siehe unten § 101.

den Gläubiger, wenn er Schadensersatzansprüche auf Grund der Unmöglichkeit der Leistung geltend macht. Dagegen hat in allen Fällen der Schuldner zu beweisen, daß die Unmöglichkeit nicht die Folge eines vom ihm zu vertretenden Umstandes ist (§ 282)[37]. § 282. § 283.

VI. Nach dem unter V Ausgeführten muß der Gläubiger, wenn er Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt, regelmäßig beweisen, daß die Leistung unmöglich geworden ist. Dieser Beweis wird häufig schwer zu führen sein. Oft wird auch der Gläubiger nicht mit Bestimmtheit wissen, ob die Leistung möglich ist oder nicht und ob, wenn sie unmöglich geworden ist, die Unmöglichkeit auf einem vom Schuldner zu vertretenden Umstande beruht, ob also die Voraussetzungen für den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung vorliegen. Aber auch wenn der Gläubiger auf Erfüllung klagt und der Schuldner zur Leistung verurtheilt wird, so bleibt ihm zwar der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung noch vorbehalten (vergl. CPO. § 893), aber er müßte auch in diesem Falle, um den Anspruch geltend zu machen, an sich nach den Bestimmungen des materiellen Rechtes (§ 280) darthun, daß die Leistung unmöglich ist, er müßte also mindestens zu diesem Zwecke die ihm durch die CPO. gewährten Vollstreckungsmittel erschöpfen. In allen diesen Fällen gewährt das Gesetz durch die Vorschrift des § 283 dem Gläubiger die Möglichkeit, den Schadensersatzanspruch geltend zu machen, ohne den Beweis der Unmöglichkeit der Leistung zu führen[38]. Danach kann der Gläubiger dem Schuldner, wenn er rechtskräftig zur Bewirkung der Leistung verurtheilt ist[39], eine angemessene Frist zur Bewirkung der Leistung bestimmen mit der Erklärung, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne (§ 283 Abs. 1 S. 1). Ist die Frist bestimmt, so kann die Leistung nur noch bewirkt werden, wenn sie rechtzeitig erfolgt, anderenfalls ist der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen[40]. Der Gläubiger ist dann nur noch berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern (§ 283 Abs. 1 S. 2)[41]. Wird die Leistung innerhalb der Frist nur theilweise bewirkt, so kann der Gläubiger, wenn die theilweise Erfüllung kein Interesse für ihn hat, unter Ablehnung der Theilleistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen. Auf diesen Anspruch finden die Vorschriften über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht (§§ 346—356) entsprechende Anwendung (§§ 283 Abs. 2, 280 Abs. 2)[42]. Hat der Gläubiger ein Interesse an der theilweisen

---

[37]) Da das Anwendungsgebiet der Vorschriften über die Unmöglichkeit der Leistung ein sehr umfangreiches ist (siehe oben S. 333 unter 5), so ist auch der § 282 von großer praktischer Bedeutung für die Regelung der Beweislast. Klagt z. B. der eine Gesellschafter gegen den anderen auf Ersatz des Schadens, der ihm durch Aufstellung einer falschen Bilanz entstanden ist (siehe oben S. 333 Anm. 13), so hat der Kläger zur Begründung seines Anspruchs nur die Unrichtigkeit der Bilanz und die Entstehung des Schadens zu beweisen. Den Beklagten trifft dann die Beweislast dafür, daß die Unrichtigkeit der Bilanz nicht die Folge eines von ihm zu vertretenden Umstandes ist. — Kommt A., der den B. zu einem bestimmten Zuge zum Bahnhofe fahren soll, zu spät, so hat B. bei Geltendmachung seines Schadensersatzanspruchs nur das Zuspätkommen des A. zu beweisen. Sache des A. ist es, zu beweisen,, daß er in Folge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes zu spät gekommen ist.

[38]) Vergl. hierzu M. II S. 53 ff., Planck Anm. 1 zu § 283, Titze a. a. O. S. 146.

[39]) Ein vorläufig vollstreckbares Urtheil oder ein gerichtlicher Vergleich genügt nicht.

[40]) Näheres hierüber siehe unten im § 98.

[41]) Auf diese Schadensersatzklage findet § 893 Abs. 2 CPO. Anwendung.

[42]) Siehe unten § 101.

Erfüllung, so kann er das Recht aus § 283 nur wegen des nicht rechtzeitig bewirkten Theiles der Leistung ausüben[43]).

Wenn auch in den meisten Fällen der rechtskräftigen Verurtheilung der Schuldner sich im Verzuge befinden wird, so ist ein solcher doch nicht Voraussetzung des Rechtes aus § 283. Der Gläubiger hat nur zu beweisen, daß der Schuldner rechtskräftig verurtheilt ist und daß er ihm eine Frist nach Maßgabe des § 283 bestimmt hat. Damit ist sein Recht, Schadensersatz zu verlangen, hinreichend begründet[44]). Der Schuldner kann den Anspruch abwenden durch den Nachweis, daß die Leistung rechtzeitig bewirkt oder daß sie in Folge eines Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, nach seiner rechtskräftigen Verurtheilung vor dem Ablaufe der Frist[45]) unmöglich geworden ist (§ 283 Abs. 1 S. 3)[46])[47]).

§ 86. Der Verzug des Schuldners. Die Voraussetzungen.

§§ 284, 285. I. Der Schuldner kommt in Verzug, wenn er die ihm obliegende fällige Leistung trotz erfolgter **Mahnung schuldhafter Weise** nicht bewirkt. Die einzelnen Voraussetzungen des Verzugs sind hiernach:

---

[43]) In Ansehung der theilweisen Nichtbewirkung der Leistung ist zu beachten, daß die Vorschrift des § 266, daß der Schuldner zu Theilleistungen nicht berechtigt ist, durch die des § 283 nicht berührt wird. Es kann sich nur um die freiwillige Annahme von Theilleistungen seitens des Gläubigers handeln. So zutreffend Schollmeyer Anm. 3 zu § 283.

[44]) Der vorherigen Vornahme einer Zwangsvollstreckung bedarf es zur Ausübung des Rechtes aus § 283 nicht. Nach CPO. § 255 kann der Gläubiger verlangen, daß die Frist schon im Urtheile bestimmt wird. Antrag und Urtheilstenor gehen dann dahin, daß z. B. der Schuldner zur Bewirkung der Leistung verurtheilt und daß ihm zur Bewirkung dieser Leistung eine Frist von einem Monate seit Rechtskraft des Urtheils bestimmt wird, nach deren Ablauf Kläger die Annahme der Leistung ablehnt. — Der Gläubiger kann auch mit der Klage auf Bewirkung der Leistung gleich die Klage auf Schadensersatz nach § 283 verbinden. Ebenso Hachenburg S. 308, vergl. auch Eccius bei Gruchot Bd. 41 S. 887, a. M. Schollmeyer Anm. 4 zu § 283. Es wird dann das Urtheil z. B. dahin erlassen, daß der Beklagte verurtheilt wird, 150 Getreidesäcke gezeichnet X Y an den Kläger herauszugeben. Zur Herausgabe der Säcke wird dem Beklagten eine Frist von 8 Tagen seit Rechtskraft des Urtheils bestimmt. Nach dem Ablaufe der Frist ist der Beklagte schuldig, für jeden nicht innerhalb der Frist herausgegebenen Sack 50 Pf. an den Kläger zu zahlen (vergl. auch Hachenburg a. a. O.). Von großem Werthe wird eine derartige Klageverbindung selten sein, da der Kläger, falls die Leistung nicht innerhalb der Frist bewirkt wird, regelmäßig doch erst wieder auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel wird klagen müssen (CPO. §§ 726, 731). Es steht übrigens nichts im Wege, daß im gegebenen Falle der Kläger mit dem Antrage klagt, den Beklagten zu verurtheilen, die 150 Säcke an ihn herauszugeben oder für jeden bei der Zwangsvollstreckung nicht vorgefundenen Sack 50 Pf. zu zahlen. Denn für den Fall, daß durch die fruchtlose Vollstreckung die Unmöglichkeit der Herausgabe dargethan ist, ist der Anspruch auf Schadensersatz nach § 280 begründet. Dagegen erscheint es nicht zulässig, den Antrag schlechthin so zu stellen, daß der Beklagte zur Herausgabe der Säcke oder zur Zahlung von 50 Pfennigen für jeden Sack verurtheilt werde. Nur für den Fall der Unmöglichkeit der Herausgabe kann der Schuldner zur Zahlung verurtheilt werden. Anderenfalls giebt das Gesetz dem Gläubiger kein Recht, gleichzeitig Erfüllung oder statt der Erfüllung Schadensersatz zu fordern. Vergl. RG. Bd. 47 S. 300 ff., Eccius bei Gruchot Bd. 41 S. 885—886.

[45]) Der Umstand, in Folge dessen die Leistung unmöglich wird, muß sich ereignen zwischen dem Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, in welcher Einwendungen spätestens hätten geltend gemacht werden müssen (§ 767 Abs. 2 CPO), und dem Ablaufe der gemäß § 283 bestimmten Frist. War der Umstand früher eingetreten, so kann sich der Schuldner darauf gegenüber dem rechtskräftigen Urtheile nicht mehr berufen. Tritt der Umstand nach dem Ablaufe der Frist ein, so berührt dies den Gläubiger nicht, da sein Anspruch auf die Leistung ohnehin ausgeschlossen ist und er nur noch einen Anspruch auf Schadensersatz hat. Vergl. Oertmann Anm. 3 zu § 283, Schollmeyer Anm. 2c zu § 283.

[46]) Auf eine nur vorübergehende Unmöglichkeit kann sich der Schuldner nicht berufen, Prot. I S. 322.

[47]) Zu § 283 vergl. noch §§ 1052, 2128 Abs. 2, 2193 Abs. 2.

1. **Die Fälligkeit der Forderung.** Die Forderung ist fällig, wenn sämmtliche Voraussetzungen eingetreten sind, unter denen der Gläubiger die Leistung zu fordern berechtigt und der Schuldner sie zu bewirken verpflichtet ist. Es muß somit vor allem der Zeitpunkt eingetreten sein, in welchem der Gläubiger die Leistung verlangen kann (§ 271). Durch eine zwischen Gläubiger und Schuldner vereinbarte Stundung wird die Fälligkeit der Forderung hinausgeschoben[1]). Ebenso ist die Forderung keine fällige, wenn der Schuldner die Leistung auch nur vorübergehend zu verweigern berechtigt ist (auf Grund einer aufschiebenden Einrede, z. B. §§ 770, 771, 2014, 2015). Besteht dagegen das Recht des Schuldners nur darin, gegen seine Leistung eine Gegenleistung des Gläubigers zu verlangen (§§ 273, 320), so hindert dieser Umstand die Fälligkeit der Leistung nicht[2]).

2. **Eine nach dem Eintritte der Fälligkeit erfolgte Mahnung.** Die Mahnung ist die einseitige, dem Schuldner gegenüber abzugebende Willenserklärung des Gläubigers, daß er die Bewirkung der fälligen Leistung fordere. Hieraus ergiebt sich:

a) Die Mahnung muß von dem Gläubiger[3]) ausgehen. Hat der Gläubiger zur Führung seiner Legitimation eine Urkunde (z. B. den Wechsel) beizubringen, so ist die Mahnung, wenn sie ohne Beibringung der Urkunde erfolgt, wirkungslos[4]).

b) Die Mahnung muß dem Schuldner gegenüber erfolgen. Es kommen alle diejenigen Vorschriften zur Anwendung, welche für das Wirksamwerden empfangsbedürftiger Willenserklärungen gelten[5]). Jedoch steht der Mahnung

---

[1]) Wird die Stundung gewährt, nachdem der Schuldner bereits in Verzug gerathen war, so ist es Auslegungsfrage, ob die Folgen des Verzugs ex tunc oder ex nunc beseitigt werden sollen. Ein unverzinsliches Darlehen ist am 1. April fällig. Am 15. April gewährt der Gläubiger dem Schuldner Stundung bis zum 1. Juli. Kann der Gläubiger Zinsen vom 1.—15. April fordern? Dies wird in der Regel anzunehmen sein, da dieser Anspruch bereits entstanden war; behauptet der Schuldner das Gegentheil, so muß er Umstände darthun, aus denen ein Verzicht des Gläubigers auf diesen bereits erworbenen Anspruch zu entnehmen ist. Vergl. Dernburg II § 73. — Für die Zeit vom 15. April bis 1. Juli hat der Schuldner, da er nicht im Verzug ist, keine Zinsen zu zahlen (vergl. ALR. I 16 § 70), falls sich nicht der Gläubiger Zinsen besonders ausbedungen hat. — Wenn der Schuldner auch am 1. Juli nicht leistet, so kann der Gläubiger Zinsen erst vom 1. Juli, nicht schon vom 1. oder 15. April an fordern, wenn nicht etwas Anderes vereinbart ist. Die von Dernburg (II § 73 Anm. 3) hierbei angeführte Entscheidung des RG. (JW. 1888 S. 235 Nr. 16), nach welcher „es im Zweifel als der Natur einer gewährten Nachfrist entsprechend betrachtet wird, daß nach fruchtlosem Ablaufe der Nachfrist die Wirkungen des Verzugs wegen Verabsäumung des *ursprünglichen* Erfüllungstermins geltend gemacht werden können", bezieht sich nicht auf den Fall einer *vertraglich vereinbarten Stundung*, sondern einer vom Gläubiger einseitig gestellten Nachfrist (der Sachverhalt, der der Entscheidung zu Grunde lag, läßt sich aus JW. 1888 S. 234 Nr. 13 entnehmen) und ist für diese, nicht aber für eine vereinbarte Stundung zutreffend.

[2]) Es kann demgemäß auch die Mahnung wirksam erfolgen, ohne daß der Gläubiger die ihm obliegende Leistung angeboten zu haben braucht. Denn er braucht zur Leistung erst bereit zu sein, wenn der Schuldner seinerseits wirklich leistet. Vergl. unten Anm. 12, Planck Anm. 4d zu § 284, Schollmeyer Anm. 1a zu § 285, Oertmann Anm. 2f zu § 284, A. M. anscheinend Endemann I § 137 Anm. 2 und Staub Exkurs zu § 374 Anm. 5.

[3]) Vertretung ist natürlich zulässig. Auf eine Mahnung, die von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht ausgeht, kommt § 180 zur Anwendung.

[4]) In den Fällen der §§ 174, 410 Abs. 1 Satz 2, 1160 Abs. 2 ist die Mahnung unwirksam, wenn der Gläubiger die in diesen Vorschriften bezeichneten Urkunden nicht vorlegt und der Schuldner aus diesem Grunde die Mahnung unverzüglich zurückweist. Vergl. oben § 52 unter 6.

[5]) S. oben § 42 unter II und III.

die Erhebung der Leistungsklage sowie die Zustellung eines Zahlungsbefehls gleich[6]).

c) Da die Mahnung ein Rechtsgeschäft ist, so kommen insbesondere rücksichtlich der Geschäftsfähigkeit des Gläubigers und des Schuldners die allgemeinen Vorschriften zur Anwendung.

d) Die Mahnung kann formlos, auch stillschweigend erfolgen. Welche Handlungen des Gläubigers eine Mahnung in sich schließen, ist nach Lage des einzelnen Falles zu entscheiden[7]).

e) Der Inhalt der Mahnung muß dahin gehen, daß der Gläubiger die Bewirkung der ihm gebührenden Leistung fordert[8]). Verlangt der Gläubiger etwas Anderes, als ihm nach dem Inhalte des Schuldverhältnisses zusteht, so liegt eine wirksame Mahnung regelmäßig nicht vor[9]).

f) Die Mahnung muß, um wirksam zu sein, nach der Fälligkeit erfolgen. Eine vor dem Eintritte der Fälligkeit erfolgte Mahnung kann den Verzug des Schuldners nicht begründen.

g) Der Verzug tritt ein, wenn der Schuldner auf die Mahnung nicht leistet. Den Schuldner trifft die Beweislast dafür, daß er geleistet habe. Inner-

[6]) Ob der Schuldner durch die Zustellung der Klage in Verzug kommt, hängt davon ab, ob auch die sonstigen Erfordernisse des Verzugs, insbesondere die Fälligkeit und das Erforderniß des § 285 vorliegen. Wird die Klage vor der Fälligkeit erhoben (vergl. §§ 257—259 CPO.), so enthält sie keine Mahnung, dagegen liegt eine solche in der Fortsetzung des Prozesses nach inzwischen eingetretener Fälligkeit. (M. II S. 58.) Die Erhebung der Feststellungsklage schließt keine Mahnung in sich.

[7]) Auch die Zusendung der Rechnung kann eine Mahnung enthalten. In der Regel wird man zwar in der ersten Zusendung einer unquittierten Rechnung, insbesondere wenn sie zusammen mit der Waare geschickt wird, eine Mahnung nicht erblicken können; anders liegt die Sache aber bei einer wiederholten Zusendung der Rechnung und ferner z. B. in dem Falle, daß der Käufer beim Kaufabschlusse dem Verkäufer gesagt hat, er werde ihm das Geld schicken und, da keine Zahlung erfolgt, der Verkäufer dem Käufer eine Rechnung zusendet, um ihn zu erinnern.

[8]) Bestritten ist, ob die Mahnung und die Kündigung bedingt sein können. Planck (Anm. 4 g zu § 284), Endemann (I § 137 Anm. 6, vergl. auch M. II S. 58) nehmen schlechthin an, daß eine bedingte Mahnung unwirksam ist. Dem wird man nicht vollständig beistimmen können. Man muß den Inhalt der Bedingung unterscheiden. Ist die Bedingung so beschaffen, daß der Schuldner trotzdem genau weiß, daß und wann er leisten solle, so macht sie die Mahnung und die Kündigung nicht unwirksam. Wenn z. B. A. seinem Darlehnsschuldner B. mittheilt, er kündige ihm das Darlehen zum 1. April, wenn B. nicht 1 % Zinsen mehr zahle, so ist dies eine wirksame Kündigung. In Wirklichkeit liegt in diesem Falle eine unbedingte Kündigung verbunden mit einer Offerte vor. (Ebenso in dem häufig vorkommenden Falle, daß der Vermiether dem Miether kündigt, wenn er nicht einen höheren Miethzins zahle.) Wenn dagegen A. dem B. das Darlehen zum 1. April für den Fall kündigt, daß er (A.) an diesem Tage eine Hypothek zurückzahlen müsse oder daß er sich das Geld nicht anderweit beschaffen könne, so liegt eine wirksame Kündigung nicht vor, weil sie den Erfolg, den Leistungstag unzweideutig zu fixieren, nicht herbeiführen kann. Vergl. Schollmeyer Anm. 2 zu § 284, Neumann Vorb. vor § 158 Note 3 α β. Zu weit geht wohl Oertmann Anm. 2 e zu § 284.

[9]) Daß auch eine Mehrforderung die Mahnung wirkungslos macht, läßt sich nicht allgemein behaupten. Keinesfalls läßt sich dies annehmen, wenn die Mehrforderung eine verhältnißmäßig geringfügige ist (vergl. RG. Bd. 14 S. 108), und wenn der Schuldner keinen Grund zu der Annahme hatte, daß der Gläubiger die Annahme des ihm wirklich gebührenden Betrags ablehnen würde. Nach der Entsch. des RG. Bd. 9 S. 141 hindert eine Zuvielforderung des Gläubigers den Eintritt des Verzugs in Ansehung des wirklich Geschuldeten auch dann nicht, „wenn anzunehmen ist, daß der Gemahnte auch einer auf die geschuldete Leistung beschränkten Mahnung nicht Folge geleistet haben würde.“ Dies ist zutreffend. Denn dem Schuldner, der geltend macht, die Mahnung sei wirkungslos, weil der Gläubiger 200 gefordert habe, während er nur 100 schuldig gewesen sei, steht die exceptio doli entgegen, wenn feststeht, daß er auch die 100 nicht geleistet hätte.

halb welcher Zeit nach der Mahnung der Schuldner leisten müsse, hängt von der Lage des einzelnen Falles ab, wobei insbesondere zu berücksichtigen ist, welche Zeit für die Bewirkung der Leistung erforderlich ist. Leistet der Schuldner innerhalb dieser Zeit, so kommt er überhaupt nicht in Verzug. Leistet er nicht, so kommt er bereits mit der Mahnung in Verzug.

3. Eine Mahnung ist nicht erforderlich, wenn eine kalendermäßig bestimmte Leistungszeit festgesetzt ist, mag diese Festsetzung durch Rechtsgeschäft, Gesetz oder Urtheil (z. B. nach § 255 CPO.) erfolgt sein. Diesem Erforderniß ist auch dann genügt, wenn der Leistung eine Kündigung vorausgehen muß und die Leistungszeit sich von der Kündigung ab kalendermäßig berechnen läßt [10]).

4. Zu dem Begriffe des Verzugs gehört es, daß die Verspätung der Leistung auf einem Verschulden des Schuldners beruht. Braucht er den Umstand, in Folge dessen die Leistung unterblieben ist, nicht zu vertreten, so kommt er nicht in Verzug. Jedoch trifft ihn die Beweislast für das Vorliegen eines solchen von ihm nicht zu vertretenden Umstandes. Die Frage, welche Umstände der Schuldner zu vertreten hat, ist nach dem Schuldverhältniß, aus welchem er die Leistung schuldet, zu beantworten [11]). Insbesondere kommt der Schuldner dann nicht in Verzug, wenn der Gläubiger es unterläßt, seinerseits diejenigen Anstalten zu treffen, die erforderlich sind, um dem Schuldner die Bewirkung der Leistung zu ermöglichen [12]). — Der Verzug tritt so lange nicht ein, als ein solcher vom Schuldner nicht zu vertretender Umstand die rechtzeitige Leistung unmöglich macht. Mit der Beseitigung dieses Umstandes kommt der Schuldner in Verzug. Einer nochmaligen Mahnung bedarf es nicht.

§ 87. Die Folgen des Verzugs des Schuldners.

§ 286.

1. Der Schuldner hat dem Gläubiger den Schaden zu ersetzen, der diesem dadurch entsteht, daß die Leistung nicht zur gehörigen Zeit bewirkt wird. Auf

---

[10]) Nach preuß. Rechte (ALR. § 68 I 16) setzte auch der Eintritt der Bedingung den Schuldner in Verzug, sobald ihm der Eintritt bekannt wurde. Für das BGB. gilt dies nicht, vielmehr ist nach dem Eintritte der Bedingung noch eine Mahnung erforderlich. — Ferner ist zu beachten, daß nur der Kündigung die im § 284 Abs. 2 bezeichnete Wirkung beigelegt ist. Ein anderes Ereigniß hat diese Wirkung nicht, mag sich selbst die Leistungszeit von diesem Ereigniß an kalendermäßig berechnen lassen, z. B. 4 Wochen nach Eintritt einer Bedingung, nach Lieferung der Waare, nach Fertigstellung des Werkes. In allen diesen Fällen ist eine Mahnung erforderlich, um den Schuldner in Verzug zu setzen.

[11]) Der § 285 ist eine Konsequenz des Grundsatzes des § 275: Wird die Leistung zur gehörigen Zeit nicht vorgenommen, so wird die rechtzeitige Leistung unmöglich. Für diese Unmöglichkeit hat der Schuldner nicht aufzukommen, wenn er den Umstand, auf dem sie beruht, nicht zu vertreten hat. Es gelangen somit für die Frage, ob der Schuldner in Verzug gekommen ist, die §§ 276 ff. zur Anwendung. Insbesondere ist die Anwendung des § 278 zu beachten. Auch die Vorschrift des § 279 greift Platz: bei einer Gattungsschuld hat der Schuldner eine zeitweilige subjektive Unmöglichkeit auch dann zu vertreten, wenn er sie nicht verschuldet hat. Ferner kommt bei einer Geldschuld der Schuldner trotz einer zeitweiligen unverschuldeten Zahlungsunfähigkeit in Verzug. Vergl. oben § 85 unter IV, Prot. I S. 325. A. M. Dernburg II § 71 unter III.

[12]) Vergl. Entsch. des RG. in JW. 1888 S. 235 Nr. 15. — Der Verzug des Schuldners tritt daher nicht ein, wenn er zwar zur Leistung bereit ist, der Gläubiger oder ein legitimierter Vertreter aber zur Erfüllungszeit am Erfüllungsorte nicht zur Entgegennahme der Leistung bereit ist, vorausgesetzt, daß die Leistung ohne eine solche Entgegennahme durch den Gläubiger nicht bewirkt werden kann. Aus demselben Grunde kommt der Schuldner nicht in Verzug, wenn der Gläubiger die ihm obliegende Zug um Zug zu erfüllende Gegenleistung nicht anbietet (vergl. § 298, Planck Anm. 4d zu § 284) und ebenso, wenn er die vom Schuldner Zug um Zug gegen die Leistung verlangte Quittung nicht ertheilt (§ 368).

diese Schadensersatzpflicht kommen die allgemeinen Vorschriften der §§ 249 ff. zur Anwendung. Da durch den Verzug die rechtzeitige Leistung unmöglich geworden ist[1]), so kann eine Herstellung des früheren Zustandes nicht erfolgen. Der Gläubiger ist daher in Geld zu entschädigen (§ 251)[2]).

2. Dagegen hat grundsätzlich der Verzug des Schuldners nicht die Folge, daß der Gläubiger die Annahme der Leistung selbst ablehnen und Schadensersatz statt der Erfüllung fordern kann, er kann vielmehr in der Regel nur Erfüllung und Schadensersatz wegen der verzögerten Erfüllung verlangen. Nur ausnahmsweise, und zwar dann, wenn die Leistung in Folge des Verzugs kein Interesse für ihn hat[3]), kann er die Leistung ablehnen und Schadensersatz statt der Erfüllung verlangen[4]).

§§ 288, 289. 3. Ist der Schuldner mit der Leistung einer Geldschuld im Verzuge, so hat der Schuldner Zinsen[5]) zu entrichten, ohne daß der Gläubiger darzuthun braucht, daß er einen Zinsverlust erlitten hat oder daß ihm ein Schaden entstanden ist. Es ist jedoch dem Gläubiger unbenommen, den ihm wirklich erwachsenen höheren Schaden geltend zu machen. Dieses Recht, den ihm durch den Verzug entstandenen Schaden ersetzt zu verlangen, hat er auch, wenn die Schuld, mit welcher der Schuldner im Verzug ist, eine Zinsschuld ist, obwohl er Verzugszinsen von dieser Zinsforderung nicht verlangen kann[6]).

§ 287. 4. Durch den Verzug tritt ferner eine Erhöhung der Haftung ein. Der Schuldner hat, solange der Verzug dauert, jede Fahrlässigkeit zu vertreten, wenn auch nach dem vorliegenden Schuldverhältnisse seine Haftung eine geringere ist. Auch für den Zufall haftet er: wird während des Verzugs die Leistung durch Zufall unmöglich, so ist er verantwortlich, wenn er nicht beweist, daß der Schaden auch eingetreten wäre, wenn er rechtzeitig geleistet hätte. Der Schuldner muß daher, um sich von der Haftung für den durch Zufall entstandenen Schaden zu befreien, auch beweisen, daß der Gläubiger, wenn rechtzeitig geleistet worden wäre, nicht solche Vorkehrungen getroffen hätte, welche den Gegenstand der Leistung der schädlichen Einwirkung des Zufalls entzogen hätten[7]). Uebrigens ist es nicht

---

[1]) Hervorzuheben ist, daß die Grundsätze vom Verzug überhaupt nicht zur Anwendung kommen, wenn die Leistung dauernd unmöglich geworden ist. Hat der Schuldner den Umstand, in Folge dessen die Leistung dauernd unmöglich geworden ist, zu vertreten, so kann der Gläubiger nach § 280 Schadensersatz verlangen, ohne daß noch die Voraussetzungen des Verzugs, insbesondere die Mahnung, vorzuliegen brauchen. Der Verzug setzt begrifflich voraus, daß die Leistung an sich objektiv möglich ist. Vergl. oben § 85 unter I.

[2]) Man beachte auch die Anwendung des § 254. In einem Falle hatte der Schuldner den verkauften Elektromotor nicht zur festgesetzten Zeit geliefert und der Gläubiger konnte in Folge dessen seine Fabrik nicht in Betrieb setzen. Der Schuldner bot ihm interimistisch einen alten Elektromotor zur Aushilfe an; der Gläubiger lehnte die Annahme ab. Es ist ihm nicht der volle Schaden, der ihm durch die verzögerte Lieferung des Elektromotors entstanden ist, zugesprochen, vielmehr § 254 Abs. 2 zur Anwendung gebracht worden.

[3]) Für gegenseitige Verträge gilt die besondere noch weitergehende Vorschrift des § 326.

[4]) Die Vorschrift des § 286 Abs. 2 entspricht der des § 280 Abs. 2. Zur vollständigen Erfüllung gehört auch die rechtzeitige Erfüllung. Wird nicht rechtzeitig geleistet, so ist dieser Theil der Leistung unmöglich. Hat diese Unmöglichkeit der Schuldner zu vertreten, so ist er im Verzuge. Die Vorschriften der §§ 280 Abs. 2 und 286 Abs. 2 decken sich also vollständig. Es kann daher hier, insbesondere wegen der entsprechenden Anwendung der §§ 346—356 auf das oben § 85 S. 338 unter β Gesagte verwiesen werden.

[5]) Vergl. über die Höhe dieser Zinsen oben § 74 unter III.

[6]) Vergl. hierüber oben § 74 Anm. 11.

[7]) Anders war die Beweislast im preuß. Rechte geregelt. (ALR. I 7 § 241, Entsch. des ROHG. Bd. 9 S. 231.) War nach dem Eintritte des Verzugs die Sache beim Schuldner in Folge einer Ueberschwemmung untergegangen, so genügt nicht der Beweis, daß beim Gläubiger eine Feuersbrunst entstanden ist, denn es ist möglich, daß der Gläubiger

erforderlich, daß ebenderselbe Zufall, welcher die Sache während des Verzugs thatsächlich getroffen hat, sie auch bei dem Gläubiger getroffen hätte; der Schuldner wird auch befreit, wenn die Sache durch ein anderes zufälliges Ereigniß untergegangen oder beschädigt worden wäre.

5. Hat auf Grund der Vorschriften des § 287 der Schuldner den Werth oder die Werthminderung eines Gegenstandes zu ersetzen, so kann der Gläubiger außerdem Zinsen des zu ersetzenden Betrags verlangen. Diese Zinsen sind von dem Zeitpunkt an zu entrichten, welcher in dem konkreten Falle der Werthbestimmung zu Grunde gelegt worden ist. Dieser Zeitpunkt kann der des Eintritts des Verzugs, oder der des Unterganges oder der Verschlechterung, oder auch derjenige sein, zu welchem der Gegenstand während des Verzugs einen höheren Werth erlangt hat. Es hängt dies davon ab, in welcher Weise der Gläubiger den ihm erwachsenen Schaden geltend macht und beweist[8]). § 290.

6. Außer diesen allgemeinen Folgen des Verzugs des Schuldners sind für einzelne Schuldverhältnisse noch besondere Folgen vorgeschrieben[9]).

7. Die Wirkungen des Verzugs setzen sich so lange fort, als der Verzug dauert. Beseitigt wird der Verzug dadurch, daß der Schuldner die ihm obliegende Leistung nachträglich bewirkt[10]) oder sie mindestens so anbietet, daß er den Gläubiger in Verzug setzt[11]). Ist durch den Verzug eine Erweiterung der Verpflichtungen des Schuldners (in Gemäßheit der §§ 286—290) eingetreten, so gehört zur vollständigen Leistung Seitens des Schuldners auch die Leistung dieser Erweiterungen. Bietet der Schuldner nur seine ursprüngliche Leistung,

---

die Sache vorher veräußert, bei einem Dritten untergebracht hätte u. s. w. Einen solchen Umstand hat aber nicht der Gläubiger darzuthun, sondern der Schuldner muß beweisen, daß „der Schaden" eingetreten sein würde, d. h. daß der Zufall auch wirklich die Sache getroffen hätte. Uebrigens muß der Zufall beim Gläubiger (im vorliegenden Beispiele die Feuersbrunst) früher eingetreten sein als der Zufall beim Schuldner (die Ueberschwemmung). Denn ist die Sache beim Schuldner zu Grunde gegangen, ohne daß zu dieser Zeit der in der zweiten Hälfte des § 287 Satz 2 vorgesehene Entschuldigungsgrund vorlag, so ist der Schadensersatzanspruch des Gläubigers definitiv entstanden. Vergl. M. II S. 65, Prot. I S. 328. — Die Vorschrift des § 287 bezieht sich jedoch nur auf den Fall, daß durch den Zufall eine Unmöglichkeit der Leistung eintritt, d. h. die Sache untergeht oder beschädigt wird. Eine Verringerung des Werthes durch Sinken der Preise ist nicht nach § 287 zu beurtheilen. Dies ist wichtig wegen der Beweislast. B. hat dem A. am 1. April Werthpapiere zu liefern, er liefert erst am 6. April. Am 4. April tritt ein erheblicher Kurssturz ein. A. verlangt von B. den Ersatz des dadurch entstandenen Schadens. Muß A. beweisen, daß er die Papiere vor dem 4. April veräußert hätte, oder muß B. beweisen, daß A. die Papiere behalten hätte? Das ROHG. (Bd. 9 S. 139) hatte für das preuß. Recht das letztere angenommen. Für das BGB. gilt ersteres. § 287 trifft nicht zu. A. kann nur nach § 286 den Ersatz des durch den Verzug entstandenen Schadens verlangen und muß daher beweisen, daß ihm dieser Schaden entstanden ist. Vergl. M. II S. 65. A. M. Dernburg II § 72 Anm. 10.

[8]) Vergl. das Beispiel im KB. zu § 284 E. IV. Daß, wie Fischer-Henle Anm. 3 zu § 290 annehmen, in der Regel der Zeitpunkt des Urtheilserlasses maßgebend sein wird, ist nicht zutreffend. Es wird wohl kaum vorkommen, daß dieser Zeitpunkt der Werthsermittelung zu Grunde gelegt wird.

[9]) Vergl. §§ 264 Abs. 2, 326, 339, 354, 554 u. s. w.

[10]) § 253 E. I bestimmte: „Der Verzug des Schuldners hört für die Zukunft mit dem Zeitpunkt auf, in welchem er das Versäumte nachgeholt hat." Die Vorschrift ist von der zweiten Kommission gestrichen worden. Erfüllt der Schuldner nachträglich seine Verbindlichkeit in vollem Umfange, so erlischt das Schuldverhältniß und es kann von einem Verzuge nicht mehr die Rede sein. Bietet der Schuldner dem Gläubiger die Leistung derart an, daß er den Gläubiger in Verzug setzt, so kommen nunmehr die Vorschriften der §§ 300—304 zur Anwendung. Prot. I S. 328.

[11]) Ueber Stundung s. oben § 86 Anm. 1.

insbesondere die Geldschuld ohne die Verzugszinsen, an, so kann der Gläubiger die Annahme verweigern (§ 266) und der Verzug des Schuldners dauert rücksichtlich der ganzen Schuld fort. Andererseits verliert der Gläubiger dadurch, daß er die verspätete Leistung annimmt, seinen bereits entstandenen Anspruch auf die durch den Verzug bewirkten Erweiterungen nicht, ohne daß es hierzu eines besonderen Vorbehalts bedarf, was freilich nicht ausschließt, daß aus den Umständen ein Verzicht auf diesen Anspruch entnommen werden kann[12]).

§ 88. Wirkungen der Rechtshängigkeit.

1. Da der Schuldner nicht in Verzug kommt, wenn das Unterbleiben der Leistung auf einem von ihm nicht zu vertretenden Umstande beruht (§ 285), so hat die Rechtshängigkeit eines Anspruchs nicht nothwendiger Weise den Verzug des Schuldners zur Folge. Trotzdem sind der Rechtshängigkeit an sich gewisse Wirkungen beigelegt[1]). Der Schuldner, gegen welchen der Anspruch rechtshängig geworden ist, führt den Prozeß auf seine eigene Gefahr. Er muß mit einem für ihn ungünstigen[2]) Ausgange des Prozesses rechnen und daher auf den Gegenstand eine erhöhte Sorgfalt verwenden; auch entspricht es der Billigkeit, daß er dem Gläubiger für die ihm während der Dauer des Prozesses vorenthaltenen Nutzungen Ersatz leistet.

§ 291. 2. Für eine Geldschuld hat die Rechtshängigkeit die Wirkung, daß sie vom Eintritte der Rechtshängigkeit an zu verzinsen ist und zwar mit 4 %, wenn nicht der Gläubiger aus einem anderen Rechtsgrunde höhere Zinsen verlangen kann. Verzugszinsen sind auch von diesen Zinsen nicht zu entrichten. Tritt die Fälligkeit erst später ein, so beginnt die Zinspflicht erst mit der Fälligkeit.[3])

§ 292. 3. Für den Anspruch auf Herausgabe[4]) eines bestimmten[5]) Gegenstandes hat die Rechtshängigkeit, — auch wenn Verzug nicht eingetreten ist, — die Wirkung, daß der Schuldner dem Gläubiger für den Schaden haften muß, der dem Gläubiger dadurch entsteht, daß in Folge eines Verschuldens des Schuldners der Gegenstand verschlechtert wird, untergeht oder aus einem anderen

---

[12]) Vergl. insbesondere über die Selbständigkeit des Zinsanspruchs oben § 74 unter IV.

[1]) Das ALR. knüpfte an die Rechtshängigkeit die Fiktion des unredlichen Besitzes (I 7 § 222) und des Verzugs (§ I 16 § 71), so daß im Wesentlichen dieselben Wirkungen eintraten, wie nach den §§ 291, 292. — Zu bemerken ist, daß nur die Rechtshängigkeit der Leistungsklage, nicht die der Feststellungsklage die Folgen der §§ 291, 292 nach sich zieht.

[2]) Hieraus folgt, daß die Vorschriften der §§ 291, 292 nur zur Anwendung kommen, wenn der Prozeß mit einer Verurtheilung des Schuldners endet. Wird die Klage zurückgenommen oder durch ein nicht in der Sache selbst entscheidendes Urtheil abgewiesen und demnächst von Neuem erhoben, so treten die in den §§ 291, 292 vorgeschriebenen Folgen nicht schon mit der früheren Rechtshängigkeit ein.

[3]) Für den Kauf und den Werkvertrag gelten die besonderen Vorschriften der §§ 452, 641 Abs. 2. — Auch der Schenker muß, wenn er auch nach § 522 keine Verzugszinsen zu entrichten braucht, die geschenkte Geldsumme von der Rechtshängigkeit an verzinsen, während er nach preuß. Rechte (ALR. § 1079 I 11) nur sog. Judikatzinsen, d. h. Zinsen von der Rechtskraft des Urtheils an, zu zahlen hatte.

[4]) Ueber den Begriff der Herausgabe s. oben § 77 Anm. 6. Die Vorschriften des § 292 kommen also auch bei persönlichen Ansprüchen auf Uebergabe eines dem Schuldner gehörigen Gegenstandes zur Anwendung, z. B. bei dem Anspruche des Beschenkten gegen den Schenker.

[5]) Ist die herauszugebende Sache nur der Gattung nach bestimmt, so tritt weder eine dem § 291 entsprechende Verpflichtung noch eine Verpflichtung zur Vergütung von Nutzungen (§ 292 Abs. 2) ein. Im Uebrigen greift § 279 Platz, so daß von einer analogen Anwendung des § 292 Abs. 1 nicht die Rede sein kann.

Grunde vom Schuldner nicht herausgegeben werden kann (§ 989). In denjenigen Fällen, in denen nach dem maßgebenden Schuldverhältnisse der Schuldner nicht für jedes Verschulden, sondern nur für grobes Verschulden oder für diejenige Sorgfalt einzustehen hat, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, hat die Rechtshängigkeit eine Erhöhung der Haftung zur Folge. Ist dagegen die Haftung des Schuldners auf Grund des maßgebenden Schuldverhältnisses[6]) oder in Folge seines Verzugs eine höhere, so bleibt diese höhere Haftung auch während der Rechtshängigkeit bestehen.

4. Ferner muß der Schuldner von der Rechtshängigkeit an dem Gläubiger für die Nutzungen aufkommen, die er von dem Gegenstande gezogen oder schuldhafter Weise zu ziehen unterlassen hat (§ 987), während andererseits der Schuldner Anspruch auf Ersatz der nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit gemachten nothwendigen Verwendungen hat, und zwar nach Maßgabe der Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 994 Abs. 2)[7]).

Zweiter Titel.

Der Verzug des Gläubigers.

§ 89. Die Voraussetzungen.

§ 293.

1. Der Verzug des Gläubigers ist begrifflich von dem Verzuge des Schuldners wesentlich verschieden. Der Schuldner ist kraft des Schuldverhältnisses zu einer Leistung *verpflichtet*. Der Gläubiger kann die Leistung von ihm *fordern* (§ 241), er kann ihn zu dieser Leistung im Prozeßweg und durch die in der CPO. gegebenen Zwangsmittel anhalten. Erfüllt der Schuldner seine Verpflichtung nicht rechtzeitig, so kommt er in Verzug. Da er aber für die gehörige Erfüllung nicht schlechthin, sondern nur nach Maßgabe der §§ 276—279 haftet, so ist konsequenter Weise der Verzug ausgeschlossen, wenn die Verspätung auf einem Umstande beruht, den er nach diesen Vorschriften nicht zu vertreten braucht (§ 285). Für den Gläubiger dagegen erzeugt das Schuldverhältniß nur *das Recht*, die Leistung zu fordern, nicht aber, wenigstens in der Regel[1]), auch die *Pflicht*, die Leistung anzunehmen. Durch die Nichtannahme der Leistung verletzt er somit nicht eine ihm kraft des Schuldverhältnisses obliegende Verpflichtung. Es kann daher auch nicht in Frage kommen, ob die Nichtannahme auf einem Ver-

---

[6]) Vergl. z. B. § 848.

[7]) Rücksichtlich der Verwendungen tritt also häufig eine Herabsetzung des Ersatzanspruchs ein. Während z. B. der Miether nach § 547 im Allgemeinen den Ersatz der nothwendigen Verwendungen schlechthin fordern kann, kann er für die nach der Rechtshängigkeit der Räumungsklage gemachten nothwendigen Verwendungen nach § 292 Abs. 2, 944 Abs. 2 Ersatz nur wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag (§§ 683 ff.) verlangen. Für andere als nothwendige Verwendungen kann er gar keinen Ersatz verlangen (§ 996), im Gegensatze zu § 547 Abs. 2.

[1]) Eine Ausnahme gilt vor allem für den Käufer, der nach § 433 Abs. 2 *verpflichtet ist*, die gekaufte Sache abzunehmen. Er ist für die Abnahme der Sache nicht nur Gläubiger, sondern auch Schuldner. Nimmt er die Sache nicht ab, so kann er zugleich in Gläubiger- und in Schuldnerverzug kommen. Erbringt er den Beweis, daß er an der Abnahme ohne sein Verschulden verhindert war, so befreit er sich dadurch zwar von den Folgen des Schuldnerverzugs (insbesondere des § 326), nicht aber von den Folgen des Gläubigerverzugs (§§ 300—304). — Eine Abnahmepflicht liegt regelmäßig auch dem Besteller eines Werkes ob (§ 640).

schulden beruht oder ob dem Gläubiger Entschuldigungsgründe zur Seite stehen. Die Nichtannahme der Leistung durch den Gläubiger hat vielmehr die Bedeutung, daß der Schuldner die versuchte Erfüllung nicht hat vollenden können, so daß es zu einem Erlöschen des Schuldverhältnisses nicht gekommen ist. Diese Vollendung der Erfüllung wird verhindert, wenn der Gläubiger die Leistung thatsächlich nicht annimmt, gleichgültig aus welchem Grunde. Es wäre unbillig, dem Schuldner die Verbindlichkeit zu erschweren, weil es aus einem in der Person des Gläubigers liegenden Grunde zur Vollendung der Erfüllung nicht kommt[2]). Daher kommt der Gläubiger in Verzug, wenn er die ihm gehörig angebotene Leistung nicht annimmt, gleichgültig, auf welchem Grunde die Nichtannahme beruht. Er kann durch den Nachweis, daß er durch Zufall oder ohne seine Fahrlässigkeit an der Annahme verhindert war, sich von den Folgen des Verzugs nicht befreien[3]).

§ 294. 2. Zur Begründung des Verzugs ist vor allem das gehörige Angebot der Leistung erforderlich[4]). Das Angebot muß an den Gläubiger[5]) oder einen vertretungsberechtigten Vertreter des Gläubigers erfolgen, und zwar muß das Angebot der Leistung in der Regel ein thatsächliches sein. Dieses thatsächliche Angebot muß so beschaffen sein, daß zur Vollendung der Erfüllung nur die bloße Annahme-Handlung des Gläubigers erforderlich ist, so daß es zur Erfüllung lediglich deswegen nicht gekommen ist, weil der Gläubiger die Annahme nicht bewirkt hat. Es muß demgemäß die Leistung in jeder Beziehung so angeboten werden, wie sie dem Schuldner nach dem Inhalte des Schuldverhältnisses obliegt, also insbesondere zur Leistungszeit und am Leistungsort, unter gleichzeitiger Berücksichtigung der Vorschrift des § 242. Da in dem Falle, daß die Leistungszeit nicht bestimmt ist, der Schuldner die Leistung zu jeder Zeit bewirken kann, da ferner, wenn die Leistungszeit bestimmt ist, der Schuldner in der Regel auch

§ 299. früher leisten kann (§ 271)[6]), so erfordert es die Billigkeit, daß der Schuldner dem Gläubiger die bevorstehende Leistung eine angemessene Zeit vorher ankündigt, damit der Gläubiger die erforderlichen Anstalten zur Annahme der Leistung treffen kann[7]). Hat der Schuldner diese Ankündigung unterlassen, so

---

[2]) Vergl. M. II S. 68, 69. Oertmann Vorbem. 1 vor 293.

[3]) Vergl. jedoch § 299.

[4]) § 254 E. I bestimmte, daß das Angebot von dem Schuldner ausgehen müsse. Dies ist mit Rücksicht auf § 267 gestrichen worden. Prot. I S. 329. Vergl. jedoch § 295: ein wörtliches Angebot „des Schuldners", vergl. unten unter 3 a.

[5]) Bei Gesammtgläubigern genügt das Angebot an einen, um alle in Verzug zu setzen (§ 429 Abs. 1). Bei Gesammtschuldnern setzt einer durch sein Angebot den Gläubiger gegenüber allen Schuldnern in Verzug (§ 424).

[6]) Der § 299 kommt also nur dann nicht zur Anwendung, wenn die Leistungszeit in dem Sinne bestimmt ist, daß auch der Schuldner nicht vorher leisten darf. (Vergl. oben § 81 unter 3.) In diesem Falle setzt ein früheres Angebot den Gläubiger überhaupt nicht in Verzug, zu der bestimmten Zeit aber muß er ohne Weiteres zur Annahme bereit sein. Ferner setzt § 299 selbstverständlich voraus, daß der Schuldner von dem Rechte des § 271 Abs. 2, vor der bestimmten Zeit zu leisten, Gebrauch macht. Ist als Leistungszeit z. B. der 1. April bestimmt und will der Schuldner schon vorher leisten, so muß er dies dem Gläubiger nach § 299 ankündigen; leistet er am 1. April, so bedarf es keiner Ankündigung.

[7]) Es fragt sich, welche Folge eintritt, wenn der Schuldner zu der angekündigten Zeit die Leistung nicht anbietet. Planck (zu § 299) nimmt an, daß die Ankündigung ihre Wirksamkeit verliert. Man wird aber weitergehen und annehmen müssen, daß der Schuldner seinerseits in Verzug kommt. A. hat von B. 100 Ctr. Kohlen gekauft, ohne daß eine Zeit für die Lieferung bestimmt war. B. theilt dem A. mit, daß er die Kohlen am 4. Januar Vormittags gegen 10 Uhr abliefern werde. A. hat in Folge dessen alles für die Abnahme vorbereitet, insbesondere Arbeiter bestellt, welche die Kohlen auf den

kommt der Gläubiger trotz des Angebots nicht in Verzug, wenn er vorübergehend an der Annahme der Leistung verhindert ist[8]). Die Beweislast vertheilt sich so. daß gegenüber der vom Schuldner zu beweisenden Thatsache des Angebots und der Nichtannahme der Gläubiger seine vorübergehende Verhinderung und demgegenüber der Schuldner die rechtzeitige Ankündigung zu beweisen hat.

3. Ein **wörtliches** Angebot genügt ausnahmsweise in zwei Fällen: § 295.

a) wenn der Gläubiger dem Schuldner erklärt hat, daß er die Leistung nicht annehmen werde. Diese Erklärung des Gläubigers ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung; sie kann auch stillschweigend erfolgen, jedoch wird man eine solche stillschweigende Willenserklärung in dem Schweigen des Gläubigers auf die Anfrage des Schuldners, ob er die Leistung anzunehmen bereit sei, in der Regel nicht erblicken können. In der Natur der Sache liegt es, daß der Gläubiger an seine Erklärung, die Leistung nicht annehmen zu wollen, nicht gebunden ist, sondern sie wieder zurücknehmen kann. Thut er dies, so verliert die Erklärung ihre Wirksamkeit[9]): Der Verzug des Gläubigers hört auf und es ist ein thatsächliches Angebot erforderlich, um ihn von Neuem in Verzug zu setzen.

Die bloße Erklärung des Gläubigers, daß er die Leistung nicht annehmen werde, begründet seinen Verzug noch nicht, es muß ihm vielmehr trotz dieser Erklärung die Leistung noch wörtlich angeboten werden[10]). Dieses wörtliche Angebot — ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft — muß **vom Schuldner** selbst ausgehen und zwar auch dann, wenn die Leistung selbst nach

---

Boden tragen sollen. B. liefert die Kohlen am 4. Januar nicht ab. Er kommt nach § 284 Abs. 2 in Verzug. Denn es war nunmehr für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt und der Schuldner kommt daher ohne Weiteres in Verzug, wenn er zu der bestimmten Zeit nicht leistet. Daß die Zeitbestimmung nicht von vornherein erfolgt, sondern von dem Schuldner auf Grund der ihm zustehenden Befugniß ausgegangen ist, ist unerheblich. Die Folge ist insbesondere, daß B., wenn er sich nicht in Gemäßheit des § 285 exkulpieren kann, dem A. den ihm entstandenen Schaden ersetzen muß.

[8]) Hieraus folgt, daß die Ankündigung nicht unter allen Umständen erforderlich ist, um den Gläubiger in Verzug zu setzen (so, ungenau, Dernburg II § 75 unter IV), vielmehr ist sie eine Voraussetzung des Verzugs nur dann, wenn eine vorübergehende Verhinderung des Gläubigers vorliegt. Auch ohne die Ankündigung kommt somit der Gläubiger erstens dann in Verzug, wenn er an der Annahme nicht verhindert ist Der Schneider, dem zur Ablieferung des bestellten Anzugs keine Zeit bestimmt war, begiebt sich eines Tages zum Besteller, um ihm den Anzug abzuliefern, und trifft ihn auch zu Hause. Der Besteller erklärt, es passe ihm nicht, den Anzug jetzt abzunehmen, der Schneider hätte ihm vorher mittheilen sollen, wann er kommen werde. Er kommt durch die Nichtannahme in Verzug. Zweitens kommt der Gläubiger auch ohne die Ankündigung dann in Verzug, wenn er an der Annahme **dauernd** verhindert war, denn dann hätte die Ankündigung auch nichts genützt. Z. B. A. hat bei dem Tischler B. eine Reparatur an seinem Schreibtische bestellt. Eines Tages kommt B., ohne sich vorher angekündigt zu haben, um die Reparatur vorzunehmen. A. hat inzwischen den Schreibtisch veräußert. Er kommt trotz der unterlassenen Ankündigung in Verzug.

[9]) Vergl. M. II S. 71.

[10]) Hat der Käufer erklärt, er werde die Waare nicht annehmen, so muß der Verkäufer ihm trotzdem, um ihn in Verzug zu setzen, die Waare wenigstens wörtlich anbieten. Dieses Angebot ist auch von Wichtigkeit, um den Zeitpunkt des § 297, in welchem die Leistungsmöglichkeit vorliegen muß, zu fixieren. Die Verbaloblation trotz der erklärten Annahmeweigerung ist auch erforderlich, wenn die Leistungszeit kalendermäßig bestimmt ist. Hat z. B. der Käufer die Waare am 1. April zu liefern, und erklärt ihm der Verkäufer vorher, er werde nicht annehmen, so kommt der Verkäufer nicht am 1. April ohne Weiteres in Annahmeverzug, es ist vielmehr noch Verbaloblation nöthig. Der § 296 trifft diesen Fall nicht, er setzt vielmehr **eine Handlung des Gläubigers**, die an einem kalendermäßig bestimmten Tage vorzunehmen ist, voraus, er würde also z. B. zur Anwendung kommen, wenn der Käufer sich am 1. April die Waare abholen müßte; dann wäre freilich kein Angebot mehr erforderlich.

§ 297. der Vorschrift des § 267 auch von einem Dritten bewirkt werden könnte[11]). Dieses wörtliche Angebot ist aber nur dann geeignet, den Gläubiger in Verzug zu setzen, wenn der Schuldner zur Zeit des Angebots auch wirklich im Stande ist, die Leistung zu bewirken. Jedoch trifft die Beweislast hierfür nicht ihn, vielmehr muß der Gläubiger beweisen, daß der Schuldner zur Bewirkung der Leistung nicht im Stande war[12]).

b) Ein wörtliches Angebot genügt ferner dann, wenn eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist, damit der Schuldner die Leistung bewirken könne. Ein thatsächliches Angebot kann in diesem Falle dem Schuldner nicht zugemuthet werden, da ohne die dem Gläubiger obliegende Handlung die Erfüllung seitens des Schuldners nicht bewirkt werden kann[13]). So liegt die Sache insbesondere bei der Holschuld, ferner immer dann, wenn zur näheren Feststellung dessen, was der Schuldner zu leisten hat, noch eine Erklärung des Gläubigers erforderlich ist, wie es bei dem Wahlschuldverhältnisse, wenn dem Gläubiger die Wahl zusteht (vergl. § 264 Abs. 2) und ferner dann der Fall ist, wenn die Leistung durch den Gläubiger vorher zu bestimmen ist (§§ 315, 316)[14]). Fordert in diesen Fällen der Schuldner den Gläubiger auf, die Handlung vorzunehmen (z. B. die Sache abzuholen, die Wahl zu erklären, die nähere Bestimmung über die Beschaffenheit der zu leistenden Sache zu treffen), so bedarf es außer dieser Aufforderung nicht noch eines Angebots, denn dieses liegt in der Aufforderung.
§ 296. Ja, es bedarf des Angebots und einer solchen Aufforderung überhaupt nicht, wenn für die von dem Gläubiger vorzunehmende Handlung eine Zeit nach

---

[11]) Vergl. Prot. I S. 329. Der Dritte kann nur wirklich leisten (vergl. oben § 79 Anm. 1), daher auch nur thatsächlich anbieten.

[12]) Anders war die Beweislast geregelt in E. I § 255. Vergl. M. II S. 70, dagegen Prot. I S. 329. Zu bemerken ist, daß § 297 trotz seines Wortlauts („zur Zeit des Angebots") und trotz seiner Stellung sich nur auf das wörtliche Angebot des § 295 und nicht auf das thatsächliche des § 294 bezieht. Es ist dies von Erheblichkeit für die Beweislast. Behauptet der Schuldner, daß er durch thatsächliches Angebot den Gläubiger in Verzug gesetzt habe, so muß er beweisen, daß er die Leistung in gehöriger Weise angeboten habe, also zu leisten bereit und im Stande gewesen sei.

[13]) Der Schuldner ist von der Realoblation nur insoweit frei, als diese ohne die Thätigkeit des Gläubigers nicht vorgenommen werden kann. Soweit er nach dem Inhalte des Schuldverhältnisses seinerseits thätig werden muß, bevor die thätige Mitwirkung des Gläubigers beginnen kann, muß er seine Thätigkeit nach § 294 realiter offerieren. Es ist zu unterscheiden: Ist eine Thätigkeit des Gläubigers erforderlich, bevor die Leistung des Schuldners beginnen kann, so genügt schlechthin Verbaloblation, z. B. bei der Holschuld. Ist eine gleichzeitige Handlung des Gläubigers zur Bewirkung der Leistung nöthig, so genügt Verbaloblation, jedoch nur insoweit, als die Leistung ohne die gleichzeitige Handlung nicht bewirkt werden kann. Dies ist insbesondere der Fall bei der Auflassung eines Grundstücks (§ 925). Muß der Handlung des Gläubigers eine solche des Schuldners vorausgehen, so muß letztere thatsächlich angeboten werden; es steht z. B. bei einer Wahlobligation die Wahl zwar dem Gläubiger zu, es ist aber bestimmt, daß der Schuldner die Sachen, aus denen die Auswahl zu treffen ist, an einem bestimmten Orte aufzustellen hat. Vergl. E. I § 255 und M. II S. 70, 71, Planck Anm. 3 zu § 295.

[14]) Bei dem handelsrechtlichen Spezifikationskaufe (§ 375 HGB.) liegt die Sache insofern etwas anders, als die Spezifikation nicht nur ein Recht des Gläubigers ist und daher nicht nur eine Handlung darstellt, welche er vorzunehmen hat, um dem Verkäufer die Bewirkung der Leistung zu ermöglichen, vielmehr ist die Spezifikation, wie § 375 Abs. 1 HGB. ergiebt, zugleich eine aus dem Kaufvertrage für den Käufer entspringende selbständige Verpflichtung, gleich der allgemeinen Pflicht des Käufers zur Abnahme der Waare. Der Käufer, der nicht rechtzeitig spezifiziert, kommt somit nicht nur nach Maßgabe des § 295 in Gläubigerverzug, sondern zugleich in Leistungsverzug, vorausgesetzt, daß ihm rücksichtlich des letzteren nicht ein Exkulpationsgrund (§ 285) zur Seite steht. Der Verkäufer kann daher sowohl die Rechte, welche ihm beim Annahmeverzuge des Käufers, insbesondere die des § 373 HGB., als auch diejenigen, die ihm beim Leistungsverzuge zustehen (§ 375 Abs. 2 HGB.), ausüben.

dem Kalender oder so bestimmt ist, daß der Handlung eine Kündigung vorausgehen muß und sich die Zeit von der Kündigung ab kalendermäßig berechnen läßt[15]). Nimmt der Gläubiger zu dieser kalendermäßig bestimmten Zeit die Handlung nicht vor, so kommt er ohne Weiteres in Verzug, es sei denn, daß er beweist, daß der Schuldner zu dieser Zeit zur Bewirkung der Leistung außer Stande war (§ 297). Nimmt der Gläubiger die Handlung vor, so ist ein Angebot und zwar, der Regel des § 294 entsprechend, ein thatsächliches erforderlich, um den Gläubiger in Verzug zu setzen.

4. Liegt dem Gläubiger eine Zug um Zug gegen die Leistung des Schuldners zu bewirkende Gegenleistung ob[16]), und bietet der Schuldner die ihm obliegende Leistung nur gegen Bewirkung der ihm zustehenden Gegenleistung an, so genügt es nicht, daß der Gläubiger die ihm angebotene Leistung des Schuldners anzunehmen bereit ist, er muß vielmehr, um nicht in Verzug zu kommen, auch die von ihm verlangte Gegenleistung anbieten[17]). Ob der Gläubiger durch das Nichtanbieten der Gegenleistung, für welche er Schuldner ist, zugleich in Schuldnerverzug kommt, hängt davon ab, ob die Voraussetzungen dieses Verzugs, insbesondere die des § 285, vorliegen. Kann er beweisen, daß das Nichtanbieten der Gegenleistung auf einem von ihm nicht zu vertretenden Umstande beruht, so ist er zwar nicht in Schuldnerverzug, wohl aber trotzdem in Gläubigerverzug gekommen, da dieser ein Verschulden nicht voraussetzt. § 298.

§ 90. Die Wirkungen des Verzugs des Gläubigers.[1])

1. Der Schuldner wird durch den Verzug des Gläubigers in der Regel[2]) von seiner Verpflichtung nicht befreit. Da der Verzug des Gläubigers es aber dem zur Leistung bereiten Schuldner unmöglich gemacht hat, seiner Verpflichtung ledig zu werden, so erfordert es die Billigkeit, daß das Gesetz, soweit es möglich ist, dem Schuldner andere Mittel giebt, sich von seiner Verpflichtung zu befreien, und daß ferner, wenn er von diesen Mitteln keinen Gebrauch machen will, seine Verpflichtung auf ein angemessenes Maß herabgesetzt wird. Auf diesen beiden Gesichtspunkten beruhen die Vorschriften über die Folgen des Verzugs (§§ 300—304)[3]).

---

[15]) Dies ist der Fall bei Präsentationspapieren, die ein bestimmtes Fälligkeits-Datum enthalten, insbesondere dem Wechsel, ferner wenn z. B. der Besteller eines Anzugs sich an einem bestimmten Tage zur Anprobe einstellen soll, u. s. w. Vergl. im Uebrigen oben § 86 unter 3.

[16]) Der § 298 kommt somit zur Anwendung bei gegenseitigen Verträgen (§ 320), ferner in den Fällen der §§ 255, 348, 368, 371, 670, 693 u. s. w.

[17]) Für dieses Angebot gelten die Vorschriften der §§ 294—297. Es muß also in der Regel thatsächlich erfolgen, in den Fällen des § 295 genügt aber auch ein wörtliches Angebot. Z. B.: Nach dem Abschlusse des Kaufes über einen Wagen erklärt der Käufer, er werde den Wagen nicht abnehmen, wenn ihm nicht eine Wagendecke, die er nach seiner Meinung mitgekauft habe, mit übergeben werde. Der Käufer bietet den Kaufpreis an und verlangt den Wagen mit Wagendecke. Ist die Wagendecke nicht mitverkauft, so genügt es, wenn der Verkäufer den Wagen nur wörtlich anbietet, um seinen Verzug zu verhindern.

[1]) Die §§ 300—304 enthalten die allgemeinen Wirkungen des Gläubigerverzugs. Besondere Vorschriften sind gegeben in den §§ 264 Abs. 2, 274 Abs. 2, 615 u. a.

[2]) Anders, wenn die Leistung nur zu einer bestimmten Zeit erfolgen soll, z. B. eine Theatervorstellung. Vergl. Oertmann Anm. 1 zu § 300.

[3]) Irgend welche weitere Aenderung des Schuldverhältnisses, als in den §§ 300—304 vorgeschrieben ist, tritt durch den Verzug des Gläubigers nicht ein, insbesondere wird der Leistungsort nicht geändert und wird eine Bringschuld nicht in eine Holschuld umgewandelt. Hat der Käufer die ihm übersandte Sache nicht angenommen, so daß sie zum Verkäufer

2. Das Mittel, durch welches der Schuldner beim Verzuge des Gläubigers sich befreien kann, ist bei beweglichen Sachen die Hinterlegung (§§ 372 ff.) oder, wenn die Sache nicht zur Hinterlegung geeignet ist, die öffentliche Versteigerung und die Hinterlegung des Erlöses (§§ 383 ff.), bei Grundstücken die Aufgabe des Besitzes[4]). Dieser Besitzaufgabe muß eine Androhung an den Gläubiger vorangehen, die jedoch unterbleiben kann, wenn sie unthunlich ist[5]). Die Aufgabe des Besitzes (§ 856) hat die Wirkung, daß der Schuldner zur Herausgabe des Grundstücks nicht mehr verpflichtet ist. Eine Veränderung der Eigenthumsverhältnisse wird durch die Besitzaufgabe nicht bewirkt. Der Schuldner ist nicht etwa auch dem Gläubiger gegenüber zur Aufgabe des Eigenthums an dem Grundstücke (§ 928) berechtigt. Ist er, z. B. als Verkäufer, nicht nur zur Uebergabe des Grundstücks, sondern auch zur Eigenthumsverschaffung verpflichtet, so bleibt diese Verpflichtung trotz der Besitzaufgabe bestehen[6]).

§ 303.

§ 300.

3. Eine Herabsetzung der Verantwortlichkeit des Schuldners tritt zunächst insofern ein, als er während des Verzugs nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten hat, wenn er auch nach dem maßgebenden Schuldverhältnisse bisher in weiterem Umfange haftbar war[7]). Hierin liegt zugleich eine Vorschrift über den Uebergang der Gefahr. Denn wenn der Schuldner nach dem Inhalte des vorliegenden Schuldverhältnisses die Gefahr zu tragen hatte, wie es z. B. beim Verkäufer der Fall ist, so ist er während des Verzugs des Gläubigers für den Untergang oder eine Beschädigung der Sache, die ohne sein grobes Verschulden entstanden ist, nicht verantwortlich. Die Gefahr ist also auf den Gläubiger übergegangen. Dies kann jedoch nur der Fall sein, wenn ein bestimmter Gegenstand geschuldet wird. Denn ist der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt, so muß der Schuldner sein Unvermögen zur Leistung selbst dann vertreten, wenn ihn gar kein Verschulden (§ 279) trifft. Eine Gattungsschuld muß

---

zurückgelangt ist, so kann dieser nicht etwa, wie vielfach angenommen wird, jetzt verlangen, daß der Käufer die Sache bei ihm gegen Zahlung des Kaufpreises abhole, so daß an seinem Wohnorte der Gerichtsstand für die Klage gegen den Käufer begründet wäre. Es bleibt vielmehr auch jetzt der vertragliche Leistungsort maßgebend.

[4]) Zu beachten ist, daß die Besitzaufgabe nur beim Verzuge des Gläubigers, nicht auch, wie die Hinterlegung, aus den Gründen des § 372 Satz 2 zulässig ist.

[5]) Die Androhung ist eine wesentliche Voraussetzung für das Recht der Besitzaufgabe. Hat der Schuldner die Androhung unterlassen und kann er auch nicht beweisen, daß sie unthunlich war, so war die Besitzaufgabe unberechtigt, der Schuldner bleibt dem Gläubiger zur Herausgabe des Grundstücks und eventuell zum Schadensersatze verpflichtet. — Als unthunlich muß die Androhung dann angesehen werden, wenn ihre Bewirkung das Recht des Schuldners, den Besitz aufzugeben, ungebührlich verzögern würde; dies ist insbesondere der Fall, wenn die Voraussetzungen des § 132 Abs. 2 vorliegen, so daß eine öffentliche Zustellung der Androhung erforderlich wäre, oder wenn der Gläubiger sich an einem Orte aufhält, wo die Androhung ihn nur schwer oder erst nach längerer Zeit erreichen kann. Es ist noch darauf hinzuweisen, daß die Androhung, da sie eine empfangsbedürftige Willenserklärung ist, erst wirksam wird, wenn sie dem Gläubiger zugeht (§ 130). Hiervon muß sich der Schuldner vergewissern, bevor er den Besitz aufgiebt, wenn er sich nicht schadensersatzpflichtig machen will. Der Schuldner wird daher gut thun, nach § 132 Abs. 1 zu verfahren.

[6]) Ebenso wie der Schuldner bewegliche Sachen nicht derelinquieren darf, sondern nur sich der Pflicht der ferneren Aufbewahrung durch Hinterlegung oder Versteigerung entziehen kann, ebenso darf er Grundstücke nicht derelinquieren, er kann nur der ferneren Verwahrungspflicht durch Besitzaufgabe ledig werden.

[7]) Auch wer bisher für den Zufall (casus mixtus) zu haften hatte, wie z. B. derjenige, der einem Anderen eine Sache durch eine unerlaubte Handlung entzogen hatte (§ 848), haftet vom Verzuge des Gläubigers an nur in dem Umfange des § 300 Abs. 1. Vergl. Schollmeyer Anm. 1 zu § 300.

sich also, wenn durch den Verzug die Gefahr auf den Gläubiger übergehen soll, erst in eine Speziesschuld verwandelt haben. Diese Umwandlung tritt nach § 243 Abs. 2 dann ein, wenn der Schuldner das zur Leistung seinerseits Erforderliche gethan hat. Dies liegt jedoch nicht schon dann vor, wenn der Gläubiger in Annahmeverzug gekommen ist, sondern erst dann, wenn er dadurch in Annahmeverzug gekommen ist, daß er die angebotene Sache nicht annimmt (§ 300 Abs. 2). Der Schuldner muß also aus der Gattung eine bestimmte Sache ausgeschieden und diese dem Gläubiger entweder thatsächlich (§ 294), oder in den Fällen des § 295, insbesondere wenn der Schuldner erklärt hat, daß er die Leistung nicht annehmen werde oder wenn es sich um eine Holschuld handelt, wörtlich angeboten haben. Dann geht die Gefahr der ausgeschiedenen Sache auf den Gläubiger über[8]).

§ 301. 4. Der Annahmeverzug des Gläubigers hat ferner zur Folge, daß der Schuldner einer verzinslichen Geldschuld während der Dauer des Verzugs keine Zinsen zu entrichten hat. Es ist gleichgültig, ob die Zinsverpflichtung des Schuldners auf Rechtsgeschäft oder auf Gesetz beruht[9]). Auch davon ist die Befreiung von der Zinspflicht nicht abhängig, daß der Schuldner von dem Hinterlegungsrechte (§ 372) Gebrauch gemacht hat[10]); auch wenn er das Geld

---

[8]) Es ergiebt sich hieraus, daß § 300 Abs. 2 dann nicht zur Anwendung kommt, wenn es nach § 296 des Angebots überhaupt nicht bedarf, um den Gläubiger in Verzug zu setzen. A. hat von B. 10 Ctr. Kohlen gekauft und es ist vereinbart, daß A. die Kohlen am 8. Januar bei B. abholen soll. A. holt an diesem Tage die Kohlen nicht ab; B. ist an diesem Tage im Stande, die 10 Ctr. Kohlen zu liefern, da er einen großen Vorrath hat. A. ist in Annahmeverzug gerathen (§§ 296, 297), aber die Gefahr ist auf ihn nicht übergegangen. Verbrennt am folgenden Tage der ganze Vorrath des B. durch einen Zufall, so bleibt B. trotzdem nach § 279 zur Lieferung verpflichtet. Denn für die Anwendung des § 300 Abs. 2 fehlt es an zwei Voraussetzungen, der Ausscheidung und dem Angebote. Hätte B. aus seinem Vorrathe 10 Ctr. Kohlen für A. abgesondert und ihn zu deren Abholung aufgefordert (§ 295 Satz 2), dann wäre mit dem Ablaufe des 8. Januar die Gefahr an den ausgesonderten 10 Ctr. Kohlen auf A. übergegangen. Sind diese sodann ohne grobe Fahrlässigkeit des B. verbrannt, so ist er von der Verpflichtung zur Leistung frei (§ 275) und behält den Anspruch auf die Gegenleistung (§ 324 Abs. 2). — Besonders zu beachten ist, daß zu dem Ausscheiden immer noch das Angebot hinzukommen muß. Denn ohne dieses ist das Ausscheiden ein bloßes Internum, an das der Schuldner nicht gebunden ist. Durch das Angebot wird das Ausscheiden dem Gläubiger kund gethan; das Schuldverhältniß ist nun auf die ausgeschiedene Sache konzentriert und auch der Schuldner ist daran gebunden (vergl. M. II S. 74). — Auch im Falle des § 295 setzt die Verbaloblation vor Aussonderung zwar in Verzug, hat aber nicht die Wirkung des § 300 Abs. 2. A. hat z. B. dem B. erklärt, daß er das von ihm gekaufte Quantum Kohlen nicht abnehmen werde. B. bietet dem A. wörtlich das Quantum Kohlen an, ohne es vorher ausgesondert zu haben. Dann ist zwar die Gefahr auf A. nicht übergegangen, A. ist aber, falls nicht der Fall des § 297 vorliegt, in Annahmeverzug gekommen, so daß insbesondere B. zur öffentlichen Versteigerung (§ 383 BGB., § 373 HGB.) befugt ist. Vergl. RG. Bd. 5 S. 65, 66. (Die Ansicht Schollmeyers Anm. 2 zu § 300, daß diese Entscheidung nicht mehr zutrifft, daß das wörtliche Angebot des § 295 immer die Ausscheidung voraussetzt, erscheint unzutreffend; die Fassung des Gesetzes, insbesondere der Unterschied zwischen den §§ 295 und 300 Abs. 2 spricht dagegen.)

[9]) Daß die Verzugszinsen (§ 288) aufhören, ist selbstverständlich, da mit dem Eintritte des Gläubigerverzugs der Verzug des Schuldners endet. Aber auch auf alle anderen kraft Gesetzes geschuldeten Zinsen kommt § 301 zur Anwendung, so auf die Prozeßzinsen (§ 291) und insbesondere auf die im § 452 vorgeschriebene Zinsverpflichtung des Käufers, sodaß, wenn der Verkäufer mit der Annahme des Kaufpreises im Verzug ist, der Käufer Sache und Kaufpreis zugleich nutzen kann.

[10]) Wem gebühren, wenn der Schuldner von der Hinterlegungsbefugniß Gebrauch gemacht hat, die von der Hinterlegungsstelle gezahlten Zinsen (vergl. preuß. Hinterl. Ord. §§ 8, 9)? Es ist zu unterscheiden, ob die Rücknahme ausgeschlossen ist oder nicht. Im ersteren Falle

behalten und Zinsen von ihm gezogen hat, ist er zur Verzinsung seiner Schuld nicht verpflichtet[11]. Ist ferner der Schuldner nach dem Inhalte des Schuldverhältnisses verpflichtet, dem Gläubiger die Nutzungen eines Gegenstandes herauszugeben oder zu ersetzen[12], so erstreckt diese Verpflichtung sich nur noch auf diejenigen Nutzungen, die er während des Verzugs wirklich gezogen hat. Für Nutzungen, die er nicht gezogen hat, mag dies selbst vorsätzlich geschehen sein, hat er nicht aufzukommen. **§ 302.**

§ 304. 5. Da der Gläubiger in der Regel zur Annahme der geschuldeten Leistung nicht gezwungen werden kann, er also durch die Nichtannahme nicht eine ihm obliegende Verpflichtung verletzt hat, so ist er auch nicht verpflichtet, dem Schuldner den ihm durch die Nichtannahme erwachsenen Schaden zu ersetzen, selbst dann nicht, wenn ihn ein Verschulden trifft[13]. Da aber andererseits die Nichtannahme nicht die Folge haben darf, daß die Verpflichtung des Schuldners sich erhöht, giebt das Gesetz dem Schuldner einen selbständigen[14] Anspruch gegen den Gläubiger auf Ersatz der Mehraufwendungen[15], die er für das erfolglose Angebot und für die Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegenstandes gemacht hat, vorausgesetzt, daß diese Aufwendungen erforderlich waren[16].

Dritter Titel.

Schuldverhältnisse aus Verträgen.

§ 91. Begründung. Inhalt des Vertrags.

I. Ueber die Begründung von Schuldverhältnissen enthält das BGB. keine allgemeinen Bestimmungen. Sie können durch Rechtsgeschäft begründet werden oder kraft gesetzlicher Vorschrift aus Rechtshandlungen, z. B. aus unerlaubten Handlungen, entstehen. Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft ist, ebenso wie zur Aenderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses, **§ 305.**

---

stehen die Zinsen dem Gläubiger zu (vergl. § 378), im letzteren Falle dem Schuldner (vergl. auch § 379 Abs. 2).

[11]) Er ist jedoch nach § 302, nämlich dann, wenn er nach dem maßgebenden Schuldverhältnisse nicht nur die Geldschuld zu leisten, sondern auch die Nutzungen herauszugeben hat, verpflichtet, die wirklich gezogenen Zinsen herauszugeben; eine solche Verpflichtung liegt z. B. dem Beauftragten nach § 667 ob.

[12]) Die Vorschrift des § 302 greift nicht etwa immer dann Platz, wenn der Schuldner während des Annahmeverzugs des Gläubigers von dem Gegenstande Nutzungen gezogen hat, sondern nur dann, wenn ihm nach dem Inhalte des maßgebenden Schuldverhältnisses die besondere Verpflichtung zur Herausgabe der Nutzungen obliegt, wie z. B. in den Fällen der §§ 667 (vergl. die vorhergehende Anm.), 987.

[13]) Ist freilich der Gläubiger zur Annahme verpflichtet (vergl. oben § 89 Anm. 1) und kommt er durch die Nichtannahme zugleich in Schuldnerverzug, so muß er dem Schuldner nach § 286 Abs. 1 den ganzen durch die Nichtannahme entstandenen Schaden ersetzen.

[14]) In Folge der Selbständigkeit bleibt der Anspruch auch dann bestehen, wenn es zu einer Erfüllung überhaupt nicht mehr kommt, z. B. weil die Sache untergeht. Dem Schuldner steht auch wegen dieses Anspruchs das Zurückbehaltungsrecht (§ 273) zu.

[15]) Nicht die Aufwendungen, die durch das erfolglose Angebot enstanden sind, kann er ersetzt verlangen, sondern nur die Mehraufwendungen. Handelt es sich z. B. um eine Bringschuld, so bleiben ihm die Kosten des Hintransports auch dann zur Last, wenn der Gläubiger die Sache nicht annimmt. Die Kosten des Rücktransports kann er ersetzt verlangen, und zwar mit Zinsen von der Zeit der Aufwendung an (§ 256).

[16]) § 304: . . . „machen mußte". Vergl. Prot. I S. 333.

ein Vertrag [1]) zwischen den Betheiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein Anderes vorschreibt. Hiernach entsteht aus einem einseitigen nicht angenommenen Versprechen im Allgemeinen eine Verbindlichkeit nicht. Ausnahmsweise ist die Verbindlichkeit eines solchen Versprechens anerkannt bei der Stiftung (§§ 80, 82), der Auslobung (§ 657) und der Schuldverschreibung auf den Inhaber (§ 793) [2]). Auf diese Rechtsgeschäfte finden die für Verträge geltenden Grundsätze entsprechende Anwendung [3]) [4]).

II. Auf dem Gebiete des Rechtes der Schuldverhältnisse herrscht im Gegensatze zum Sachen-, Familien- und Erbrechte Vertragsfreiheit. Die Parteien sind nicht darauf beschränkt, sich der im BGB. geregelten Vertragsformen zu bedienen. Sie können ihre Rechtsverhältnisse mit obligatorischer Wirkung nach freiem Ermessen unter sich bestimmen, soweit nicht zwingende gesetzliche Vorschriften entgegenstehen.

III. Aus dem Grundsatze, daß jede Leistung Gegenstand eines Schuldverhältnisses sein kann [5]), folgt, daß auch in Ansehung des Vertragsinhalts vollständige Freiheit für die Betheiligten herrscht, soweit nicht Ausnahmebestimmungen gegeben sind. So sind z. B. auch Verträge über die Handlungen, Sachen oder Rechte eines Dritten an sich gültig, obwohl derartige Verträge im BGB. nicht besonders erwähnt sind [6]). Im Einzelnen ist über diese Verträge zu bemerken:

1. Ob bei dem Vertrag über die Handlungen eines Dritten der Versprechende sich nur zur Aufwendung von Bemühungen verpflichten oder für den Erfolg einstehen wollte, ist eine Frage der Auslegung des einzelnen Falles. Das Gesetz stellt eine Vermuthung nach keiner Richtung auf [7]). Hat der Schudner im ersteren Falle Bemühungen überhaupt nicht oder nicht so aufgewendet, wie es Treu und Glauben in Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern (§ 242), oder ist im zweiten Falle der Erfolg nicht eingetreten, so haftet der Schuldner für den vollen durch Nichterfüllung seines Versprechens entstehenden Schaden (vergl. §§ 280 ff., 249 ff., 252).

2. Auch der Vertrag über Sachen oder Rechte eines Dritten ist an sich durchaus gültig, mag er ausdrücklich oder stillschweigend über einen fremden Gegenstand geschlossen sein, und mag die Absicht der Parteien nur auf die Aufwendung von Bemühungen oder das Einstehen für den Erfolg gerichtet sein. Die Parteien sind in jedem Falle zu der im Vertrage versprochenen Leistung berechtigt und verpflichtet. Welchen Inhalt die versprochene Leistung hat, ist eine Frage der Auslegung. Wegen Nichterfüllung haftet der Schuldner auch hier für das volle Interesse, soweit nicht für bestimmte Schuldverhältnisse die Haftung anders geregelt ist (vergl. z. B. §§ 521, 523, 600). Die Kenntniß der Parteien davon, daß der Vertrag über einen fremden Gegenstand geschlossen ist, ist für die Wirksamkeit des Vertrags ohne Bedeutung, da nur ein subjektives

[1]) Ueber Vertrag siehe oben § 46 S. 183 ff.

[2]) Allerdings ist es streitig, ob hier wirkliche Ausnahmen von dem Grundsatze vorliegen. Doch wird dies überwiegend angenommen. Vergl. hierzu M. I S. 119, II S. 519, S. 695, ROHG. Bd. 17 S. 150 ff., Dernburg PP. II S. 25 ff., Eccius I § 64, 71, IV § 285.

[3]) Vergl. E. 1 § 343, Planck Anm. 3 zu § 305, Oertmann Vorbemerkung 3 S. 56, Dernburg II § 80 II.

[4]) Ein Gelübde (§ 5 I, 5 ALR.) kann als einseitiges, nicht angenommenes Schenkungsversprechen eine Verbindlichkeit nicht begründen.

[5]) Siehe oben § 71 S. 291.

[6]) Vergl. ALR. I, 5 §§ 40 ff.

[7]) Anders § 40 I, 5 ALR., § 348 E. I.

Unvermögen zur Leistung zur Zeit des Vertragsschlusses vorliegt, das die Wirksamkeit des Vertrags grundsätzlich nicht berührt[8]). Im übrigen hat die Kenntniß folgende Wirkungen:

a) Hat allein der Verpflichtete Kenntniß davon, daß der Gegenstand der versprochenen Leistung ein fremder ist, so äußert der Vertrag seine volle Wirkung. Der Schuldner ist zur Leistung und eventuell zum Schadensersatze wegen Nichterfüllung verpflichtet.

b) Auch die Kenntniß des Berechtigten allein hat die Unwirksamkeit des Vertrags nicht zur Folge. Doch wird der Verpflichtete einen Mangel im Rechte hier in der Regel nach § 439 nicht zu vertreten haben.

c) Endlich ist bei Kenntniß beider Parteien der Vertrag in vollem Umfange wirksam. Nichtig ist er, wenn er gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt (§§ 134, 138 BGB.)[9]).

§ 92. Die Wirkung der ursprünglichen Unmöglichkeit der Leistung[1]).

§ 306.

I. Ein Vertrag, welcher auf eine bei seinem Abschluß objektiv unmögliche Leistung gerichtet ist, ist nichtig (§ 306). Voraussetzung der Nichtigkeit ist also:

1. daß die Unmöglichkeit zur Zeit der Errichtung des Vertrags vorhanden ist[2]).

§ 308 Abs. 2.

Das Gesetz macht hiervon eine Ausnahme für den Fall, daß eine unmögliche Leistung unter Bestimmung eines Anfangstermins oder unter einer anderen aufschiebenden Bedingung versprochen wird, als der, daß die Leistung noch möglich wird[3]). Hier entscheidet über die Wirksamkeit des Vertrags nicht die Zeit des Vertragsschlusses, sondern der Umstand, ob die Leistung vor Eintritt der Bedingung oder des Termins möglich geworden ist. Ist dies der Fall, so ist der Vertrag wirksam (§ 308 Abs. 2, vergl. auch § 2171);

2. daß die Unmöglichkeit eine objektive ist. Gleichgültig ist es, ob es sich um eine natürlich oder juristisch unmögliche Leistung handelt[4]). In allen Fällen ist der Vertrag nichtig[5]) und zwar ohne Rücksicht darauf, ob einer der Betheiligten die Unmöglichkeit der Leistung kannte oder nicht.

§ 308 Abs. 1.

Auch hiervon kennt das Gesetz eine Ausnahme, und zwar für den Fall, daß der Vertrag auf eine bedingt unmögliche Leistung gerichtet, diese Unmöglichkeit beiden Parteien bekannt, der Vertrag aber gerade für den Fall geschlossen

---

[8]) Siehe unten § 92 unter III. S. 358.

[9]) Der Verkauf des einem Dritten gehörigen Grundstücks, das der Verkäufer zu erwerben hofft, ist wirksam. Der Verkauf der Sache eines Dritten, die der Verkäufer erst durch eine strafbare Handlung erlangen soll, ist nichtig.

[1]) Siehe oben § 85 S. 332 Anm. 1.

[2]) Ueber die später eintretende Unmöglichkeit der Leistung siehe oben § 85 S. 332 ff.

[3]) Für letzteren Fall siehe unter 2.

[4]) Ueber objektive und subjektive, natürliche und juristische Unmöglichkeit siehe oben § 85 S. 332 unter III.

[5]) Die Vorschrift des § 306 ist keine zwingende. Der Vertrag ist trotz der Unmöglichkeit der Leistung wirksam, soweit er ein Garantieversprechen des Verpflichteten enthält. Bisweilen ist ein solches Garantieversprechen kraft Gesetzes in dem Vertrag enthalten. Vergl. z. B. §§ 437, 459, 463.

ist, daß die Leistung möglich wird. Es liegt dann ein wirksamer unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossener Vertrag vor (§ 308 Abs. 1)[6]).

II. Ist der Vertrag wegen Unmöglichkeit der Leistung nichtig, so tritt eine Verpflichtung zum Schadensersatze wegen culpa in contrahendo ein (§ 307). **§ 307.**

1. Ersatzpflichtig ist die Partei, welche die Unmöglichkeit kannte oder kennen mußte (in Folge von Fahrlässigkeit nicht kannte, § 122 Abs. 2),

2. Ersatzberechtigt die, welche die Unmöglichkeit nicht kannte oder kennen mußte.

Ersatzpflichtig kann hiernach jede Partei werden, nicht nur die, welche die unmögliche Leistung versprochen hat.

Der, welcher den Anspruch erhebt, hat zu beweisen, daß der Andere die Unmöglichkeit beim Vertragsschlusse kannte oder kennen mußte, während der in Anspruch Genommene den Gegenbeweis für die Kenntniß oder fahrlässige Unkenntniß des Ersteren zu führen hat[7]).

3. Die Haftung erstreckt sich auf das negative Vertragsinteresse, das seinem Betrage nach durch die Höhe des positiven Vertragsinteresses begrenzt ist[8]).

4. Wenn in Folge einer theilweisen Unmöglichkeit der Leistung gemäß § 139 nur eine theilweise Nichtigkeit des Vertrags eintritt oder wenn von mehreren wahlweise geschuldeten Leistungen nach § 265 nur eine als unmöglich fortfällt, so tritt die Ersatzpflicht wegen des nichtigen Theiles des Vertrags oder der einen unmöglichen Leistung ein (§ 307 Abs. 2)[8]).

5. Die Schadensersatzpflicht aus § 307 ist keine Haftung aus einer unerlaubten Handlung. Sie folgt nicht aus einer Rechtshandlung,

---

[6]) Im Falle des § 308 Abs. 1 ist der Vertrag selbst wirksam, nur seine Wirkung bleibt in der Schwebe, im Falle des Abs. 2 bleibt die Wirksamkeit des Vertrags selbst in der Schwebe. — Aus dem im Texte Ausgeführten folgt, daß Verträge über Sachen, die durch ihre natürliche Beschaffenheit der thatsächlichen Beherrschung durch menschliche Willkür entzogen sind (z. B. die Luft), wegen Unmöglichkeit der Leistung nach § 306 nichtig sind. Verträge über eine zum öffentlichen Gebrauche bestimmte Sache (z. B. öffentliche Wege) sind wirksam, soweit sie die Bestimmung der Sache unberührt lassen. Anderenfalls finden auch hier die Vorschriften über die Unmöglichkeit der Leistung Anwendung. Der Vertrag ist also nur dann wirksam, wenn er gerade für den Fall der Beseitigung des ihm entgegenstehenden Hindernisses geschlossen ist (§ 308 Abs. 1). Kann das Hinderniß durch obrigkeitliche Anordnung gehoben werden und hat sich ein Theil zur Bewirkung einer derartigen Anordnung verpflichtet, so liegt ein Vertrag über die Handlung eines Dritten vor (siehe oben § 91 S. 355).

[7]) Nicht jedes Kennenmüssen des Beschädigten schließt den Anspruch aus. Es muß, wie Oertmann Anm. 4 zu § 307 zutreffend sagt, ein äquivalentes Verschulden vorliegen. Vergl. auch Schollmeyer Anm. 2 zu § 307.

[8]) Der Theaterdirector A. engagiert den Schauspieler B. zu einem Gastspiele von je einem Monat in Wien und Petersburg gegen eine Gage von 1000 Mark monatlich. B. lehnt in Folge dessen einen Antrag für den zweiten Monat mit einer Gage von 2000 Mark ab. Schon vor dem Engagement war die Veranstaltung deutscher Theateraufführungen in Petersburg verboten worden, auch war eine briefliche Mittheilung hiervon an A. gelangt, der aber den Brief aus Nachlässigkeit nicht gelesen hatte. B. konnte von dem Verbote noch nichts wissen. Die von B. versprochene Leistung ist theilweise, soweit sie das Spielen in Petersburg betrifft, unmöglich, der Vertrag also in Ansehung des zweiten Monats nichtig. Für den ersten Monat bleibt er nach Lage der Sache wirksam. A. hat, da er das Aufführungsverbot nur in Folge seiner Fahrlässigkeit nicht kannte, wegen der Nichtigkeit des Vertrags für den zweiten Monat Schadensersatz zu leisten. In diesem hätte B. 2000 Mark verdient, wenn er nicht auf das Engagement des A. vertraut hätte (negatives Betragsinteresse). Er kann jedoch nur 1000 Mark fordern, weil er mehr bei der Wirksamkeit des Engagements nicht erhalten hätte (positives Vertragsinteresse). — Ueber den Fall der Unmöglichkeit der einen Leistung beim Wahlschuldverhältnisse siehe oben § 78 unter 6 S. 307.

sondern aus einem Rechtsgeschäfte, nämlich dem Vertragsantrag oder der Annahme des Antrags. Wer eine unmögliche Leistung, deren Unmöglichkeit er kannte oder kennen mußte, anbietet oder annimmt und dadurch die Schließung eines Vertrags herbeiführt, ist auf Grund dieses Rechtsgeschäfts zum Schadensersatze verpflichtet. Auf die Verjährung dieses Anspruchs findet daher die ordentliche Verjährung, nicht die dreijährige des § 852 Anwendung.

III. Liegt beim Abschlusse des Vertrags nur eine subjektive Unmöglichkeit, ein Unvermögen zur Leistung, vor, so ist der Vertrag wirksam[9]). Der Schuldner ist zur Leistung verpflichtet. In dem Versprechen der Leistung ist die Uebernahme einer Garantie dafür zu finden, daß das Unvermögen gehoben und der Schuldner zur Leistung fähig werden wird. Bewirkt er die Leistung nicht, so richtet sich seine Haftung für die übernommene Garantie nach den Vorschriften der §§ 275 ff., 323—327[10]).

§ 309. IV. Verträge, welche gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen, sind nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein Anderes ergiebt (§ 134)[11]). Auf diese Verträge sind die Vorschriften der §§ 307, 308 über die auf eine unmögliche Leistung gerichteten Verträge für anwendbar erklärt, da eine Leistung, die gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, juristisch unmöglich ist (§ 309, vergl. auch § 2171)[12]). Danach ist der Vertrag nichtig, wenn das gesetzliche Verbot zur Zeit seiner Errichtung bestand. Nur wenn eine gesetzlich verbotene Leistung unter Bestimmung eines Anfangstermins oder unter einer anderen aufschiebenden Bedingung versprochen wird, als der, daß das Verbot aufgehoben wird, entscheidet nicht die Zeit des Vertragsschlusses. Der Vertrag ist vielmehr wirksam, wenn das Verbot vor Eintritt der Bedingung oder des Termins aufgehoben wird (§§ 309, 308 Abs. 2). Ist der Vertrag für den Fall geschlossen, daß das Verbot aufgehoben wird, so liegt ein unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossener wirksamer Vertrag vor (§§ 309, 308 Abs. 1). Wenn ein Vertrag nach § 134 nichtig ist, so hat die Partei, welche das gesetzliche Verbot kannte oder kennen mußte, dem anderen Theile, bei dem dies nicht der Fall war, gemäß § 307 Schadensersatz zu leisten (§ 309)[13]).

§ 93. Verträge über ein ganzes Vermögen.

§§ 310, 311. I. Das Gesetz[1]) verbietet einen jeden Vertrag, durch welchen sich Jemand verpflichtet, sein künftiges Vermögen oder einen Bruchtheil seines künftigen Vermögens zu übertragen oder mit einem Nießbrauche zu belasten (§ 310)[2]). Zulässig

---

[9]) Dies folgt aus § 306 und ist unbestritten.

[10]) Vergl. hierzu Endemann I § 127 Anm. 11, Planck zu §§ 275—290 Nr. 3a, Titze a. a. O. S. 247 ff., 252, Kleineidam a. a. O. S. 48.

[11]) Siehe oben § 43 S. 174.

[12]) Siehe oben § 85 S. 333.

[13]) Nichtig sind auch Verträge, welche gegen die guten Sitten verstoßen (§ 138, siehe oben § 43 S. 178). Auf diese findet aber § 309 nicht Anwendung. Die Wirksamkeit des Vertrags richtet sich hier ausnahmslos nach der Zeit seiner Errichtung.

[1]) Im preußischen Rechte wurde es für zulässig erachtet, auch über das künftige Vermögen einen Schenkungsvertrag abzuschließen. Vergl. ALR. §§ 1087, 1088 I 11, OTr. Bd. 43 S. 128, Eccius II § 122 Anm. 58; vergl. aber auch OTr. Bd. 79 S. 153.

[2]) Ueber die Begründung dieses Verbots (ein solcher Vertrag verstoße gegen die öffentliche Ordnung, da er dem Versprechenden seine wirthschaftliche Freiheit entziehe) vergl. M. II S. 186, Prot. I S. 458. — Der Vertrag, durch welchen sich Jemand seinem Gläubiger gegenüber verpflichtet, sein künftiges Vermögen zu verpfänden, fällt nicht unter das Verbot des § 310, ist also statthaft. Ferner fallen die Erbverträge (§§ 2274 ff.) nicht unter den § 310, da durch einen solchen Vertrag sich der Erblasser nicht zur Uebertragung seines Vermögens verpflichtet.

sind solche Verträge rücksichtlich des gegenwärtigen Vermögens[3]), sie bedürfen aber der gerichtlichen oder natariellen Beurkundung (§ 311)[4]). Gleichgültig für die Anwendung dieser Vorschriften ist es, ob es sich um einen entgeltlichen Vertrag (Kauf, Tausch, Versorgungsvertrag, Gesellschaftsvertrag), oder um eine Schenkung handelt. Ist ein solcher Vertrag über das gegenwärtige Vermögen wirksam geschlossen worden, so bestimmen sich die Rechte und Pflichten der Parteien gegeneinander an erster Stelle nach dem Inhalte des zwischen ihnen geschlossenen Vertrags. In Ergänzung des Vertrags kommen die gesetzlichen Vorschriften zur Anwendung, welche für denjenigen Vertrag gelten, um den es sich im gegebenen Falle handelt. In jedem Falle hat der Vertrag nur obligatorische Wirkung. Wer sich verpflichtet hat, sein gegenwärtiges Vermögen einem Anderen zu übertragen, muß zur Erfüllung des Vertrags diejenigen dinglichen Rechtsgeschäfte vornehmen, die zur Uebertragung der einzelnen Bestandtheile des Vermögens erforderlich sind: er muß die beweglichen Sachen übereignen, die Grundstücke auflassen, die Forderungen abtreten[5]).

§ 419. II. 1. Die auf Vertrag beruhende Uebernahme[6]) des ganzen Vermögens eines Anderen oder eines Bruchtheils dieses Vermögens hat rücksichtlich des Rechtsverhältnisses des Uebernehmers zu den Gläubigern seines Mitkontrahenten ähnliche Wirkungen, wie sie für den Erbschaftskauf (§§ 2382) vorgeschrieben sind[7]). Zwar bleibt der bisherige Schuldner seinen Gläubigern verhaftet, aber neben ihm haftet ihnen der Uebernehmer des Vermögens, so daß Beide Gesammtschuldner sind. Diese Haftung des Uebernehmers beginnt auch hier, ebenso wie beim Erbschaftskaufe (§ 2382), bereits mit dem Abschlusse des Uebernahmevertrags und bezieht sich auf alle Schulden, die zu dieser Zeit bestehen (§ 419 Abs. 1), mag der Uebernehmer sie gekannt haben oder nicht. Gleichgültig ist es auch, auf welchem Rechtsgrunde diese Schulden beruhen und worin sie bestehen[8]); die Haftung des Uebernehmers erstreckt sich nicht nur auf Geldschulden,

---

[3]) Betrifft der Vertrag das gegenwärtige und künftige Vermögen, so ist die Frage der theilweisen Gültigkeit nach § 139 zu entscheiden. Vergl. Planck Anm. zu § 310. Dernburg II S. 173 Anm. 2.

[4]) Ueber die Frage, inwieweit der auf die Veräußerung eines Handelsgeschäfts (§ 22 HGB.) gerichtete Vertrag unter die Vorschrift des § 311 fällt, vergl. S. Goldmann S. 92 unter cc, Staub Anm. 12 zu § 22.

[5]) Hat er sich verpflichtet, einen Bruchtheil seines gegenwärtigen Vermögens zu übertragen, so muß er den anderen Theil zum Mitberechtigten eines jeden Gegenstandes seines Vermögens machen. War der Vertrag auf die Belastung des Vermögens mit einem Nießbrauche gerichtet, so muß der Nießbrauch an jedem einzelnen Gegenstande bestellt werden (§ 1085).

[6]) Vergl. für die Bestellung des Nießbrauchs an einem Vermögen die entsprechende Vorschrift des § 1086.

[7]) Die Bestimmung des BGB. erweitert das preußische Recht; denn während nach letzterem (Anhang § 19 zu § 646 I 11 ALR.) die direkte Klage der Gläubiger gegen den Uebernehmer nur ausnahmsweise bei dem sog. Vitalizienvertrage gegeben war (vergl. Str. Archiv Bd. 52 S. 259, Bd. 63 S. 165, ROHG. Bd. 13 S. 382, Eccius I § 102 Anm. 18), ist im BGB. diese direkte Haftung zu einem allgemeinen Prinzip erhoben worden, welches bei jedem auf die Uebertragung eines ganzen Vermögens gerichteten Vertrage Platz greift, gleichgültig, worin die Gegenleistung besteht und ob überhaupt eine Gegenleistung gewährt wird. Vergl. ferner die Bestimmung des § 25 HGB. für den Fall des Erwerbes und der Fortführung eines Handelsgeschäfts. Die Reservierung einzelner Gegenstände nimmt selbstverständlich dem Vertrage nicht seinen Charakter als Vertrag über ein Vermögen. (Vergl. Prot. I S. 428.)

[8]) Selbstverständlich stehen dem Uebernehmer dieselben Einwendungen wie dem bisherigen Schuldner zu. Ferner kann er einwenden, daß der Uebernahme-Vertrag selbst unwirksam (nichtig oder anfechtbar und angefochten) ist.

sondern auch auf Schulden anderer Art, jedoch mit der Beschränkung, daß der Uebernehmer immer nur verpflichtet sein kann, Schulden anderer Art so zu befriedigen, wie es aus dem übernommenen Vermögen an sich möglich ist[9]).

2. Die Haftung des Uebernehmers den Gläubigern des bisherigen Schuldners gegenüber ist jedoch eine beschränkte, er haftet ihnen nur mit dem Vermögen, welches er thatsächlich übernommen hat, und mit den Ansprüchen, die ihm aus dem Uebernahmevertrage gegen seinen Mitkontrahenten zustehen. Die Wirkung dieser Beschränkung der Haftung ist ähnlich wie bei der beschränkten Haftung des Erben: Zunächst kann der Uebernehmer, wenn das Urtheil gegen ihn[10]) ergangen ist, die Beschränkung seiner Haftung nur geltend machen, wenn sie ihm im Urtheile vorbehalten ist (§§ 786, 781 Abs. 1 CPO.). Das gegen den bisherigen Schuldner ergangene Urtheil ist gegen den Uebernehmer nur dann vollstreckbar, wenn der Uebernahmevertrag nach der Rechtskraft des Urtheils abgeschlossen worden ist. Ist dies der Fall, so erfolgt die Vollstreckung des Urtheils gegen den Uebernehmer auf Grund einer gegen diesen ertheilten vollstreckbaren Ausfertigung des Urtheils. Die Ertheilung erfolgt nach denjenigen Grundsätzen, welche für die Ertheilung einer vollstreckbaren Ausfertigung gegen den Rechtsnachfolger gelten (§§ 729 Abs. 1 CPO.)[11]). Ist der Uebernahmevertrag vor der Rechtskraft der Entscheidung gegen den bisherigen Schuldner geschlossen worden, so bedarf es einer selbständigen Klage gegen den Uebernehmer. — Bei der Zwangsvollstreckung gegen den Uebernehmer bleibt die Beschränkung der Haftung so lange unberücksichtigt, bis der Uebernehmer im Wege der Klage gegen die Zwangsvollstreckung auf Grund der Beschränkung seiner Haftung Einwendungen erhebt (§§ 786, 781, 785 CPO.). Macht er hiervon Gebrauch, so kann er die Befriedigung des Gläubigers insoweit verweigern, als das übernommene Vermögen und die Ansprüche aus dem Uebernahme-Vertrage nicht ausreichen[12]).

[9]) Daß der Uebernehmer für Schulden aller Art haftet, ergiebt sich aus der allgemeinen Fassung des Abs. 1; das Gesetz schreibt keinerlei Einschränkung vor. Ebenso war es im preuß. Rechte, vergl. OTr. Bd. 16 S. 519, Str. Arch. Bd. 9 S. 96. Die oben im Texte vorgetragene Modifikation ergiebt sich aus der in Abs. 2 vorgeschriebenen Beschränkung der Haftung. Da der Uebernehmer nur cum viribus des übernommenen Vermögens haftet und nur verpflichtet ist, das Vermögen herauszugeben, damit der Gläubiger sich aus ihm im Wege der Zwangsvollstreckung befriedige, so kann gegen den Uebernehmer regelmäßig nur eine Geldforderung geltend gemacht werden; wenn die Forderung des Gläubigers nicht auf Geld gerichtet ist, so muß er sie gegen den Uebernehmer nach ihrem Schätzungswerthe geltend machen. Gegen seinen bisherigen Schuldner bleibt natürlich der Anspruch des Gläubigers unverändert bestehen.

[10]) Von einem solchen Vorbehalte kann natürlich nicht die Rede sein, wenn im Falle des § 729 Abs. 1 CPO. aus dem gegen den bisherigen Schuldner ergangenen Urtheile gegen den Uebernehmer vollstreckt wird.

[11]) Da der bisherige Schuldner weiter haftet, der Gläubiger also auch gegen ihn vollstrecken kann, so wird er in der Regel die etwa gegen den bisherigen Schuldner ertheilte vollstreckbare Ausfertigung nicht zurückreichen; die vollstreckbare Ausfertigung gegen den Uebernehmer wird somit in der Regel eine weitere vollstreckbare Ausfertigung sein, so daß auch § 733 CPO. zur Anwendung kommt.

[12]) Die Vorschriften der §§ 1990, 1991 finden entsprechende Anwendung. Eine Verwaltung des übernommenen Vermögens und einen abgesonderten Konkurs über dasselbe — nach Analogie der Nachlaßverwaltung und des Nachlaßkonkurses — kann der Uebernehmer zur Realisierung der Beschränkung seiner Haftung nicht beantragen. Wie Endemann I S. 884 zu der entgegengesetzten Ansicht kommt, ist nicht recht verständlich. Zu bemerken ist ferner, daß die Gläubiger auch nicht von dem Uebernehmer die Errichtung eines Inventars mit der Wirkung verlangen können, daß die Nichterfüllung dieser Verpflichtung seine unbeschränkte Haftung herbeiführt. Wohl aber können sie, da der Uebernehmer nach § 1990 verpflichtet ist, das übernommene Vermögen herauszugeben, auf Grund des § 260 und in Folge der Vorschriften der §§ 1991 Abs. 1, 1978 auch auf Grund der §§ 666, 259 Vorlegung eines Inventars und Leistung des Offenbarungseids verlangen.

3. Wer im Verhältnisse der Kontrahenten zu einander zur Bezahlung der Schulden verpflichtet ist, ist nach dem Inhalte des Vertrags zu entscheiden. Regelmäßig ist der Uebernehmer auch seinem Mitkontrahenten gegenüber verpflichtet, dessen Schulden zu berichtigen, wenn nicht etwas Anderes verabredet ist. Aber mögen die Verabredungen der Parteien auch sein, welche sie wollen, die durch das Gesetz begründete Haftung des Uebernehmers gegenüber den Gläubigern wird dadurch nicht berührt. Denn diese Haftung kann durch Vereinbarung der Kontrahenten weder ausgeschlossen noch beschränkt werden (§ 419 Abs. 3)[13]).

III. Nichtig ist der Vertrag über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten. § 312.

Diese Nichtigkeit ergreift jeden auf den Nachlaß eines noch Lebenden sich beziehenden obligatorischen Vertrag[14]), mag er die Uebertragung, die Bestellung eines Nießbrauchs oder die Verpfändung des Nachlasses oder einer Quote des Nachlasses zum Gegenstande haben. Gleichgültig ist auch, ob der Vertragschließende eine größere oder geringere Aussicht hat, aus dem Nachlasse des noch lebenden Dritten etwas zu erhalten; auch derjenige, der in einem Erbvertrag oder in einem Testamente zum Erben eingesetzt ist, kann, solange der Erblasser lebt, über den Nachlaß keinen Vertrag schließen. Nichtig ist unter dieser Voraussetzung auch der Vertrag, wenn er sich nur auf den Pflichttheil oder ein Vermächtniß bezieht (§ 312 Abs. 1 S. 2). Die Nichtigkeit ist eine absolute, sie kann, auch wenn der Tod des Erblassers bald darauf erfolgt, nicht geheilt werden[15]).

4. Dagegen gestattet das Gesetz, daß diejenigen Personen, von denen sich später beim Tode des Erblassers herausstellt, daß sie dessen gesetzliche Erben sind, unter sich einen Vertrag über den gesetzlichen Erbtheil oder den Pflichttheil eines von ihnen abschließen[16]), jedoch muß der Vertrag gerichtlich oder

[13]) Wohl aber kann zwischen den Parteien eine Erweiterung der Haftung vereinbart werden. Es kann z. B. A. sich von dem sein Vermögen übernehmenden B. im Vertrage versprechen lassen, daß B. eine Schuld, deren Befriedigung dem A. besonders am Herzen liegt, auch aus seinem eigenen Vermögen berichtigen soll, daß er also diesem Gläubiger C. gegenüber sich auf die Beschränkung des § 419 Abs. 2 nicht berufen darf. Es liegt dann insoweit ein Vertrag zu Gunsten dieses betreffenden Gläubigers vor; ob dieser die erweiterte Haftung mit direkter Klage gegen B. geltend machen kann, ist nach § 328 zu entscheiden. In vorliegendem Falle wird die Frage der Intention der Parteien entsprechend zu bejahen sein.

[14]) Das Verbot des § 312 ist also weitergehend, als das des § 310 (vergl. oben Anm. 2). Gleichgültig ist auch, ob es sich um die Erbschaft eines bestimmten oder unbestimmten Dritten handelt und ob der Dritte seine Zustimmung ertheilt hat. Der Zweck, eine von einem Dritten erwartete Erbschaft noch zu Lebzeiten des Dritten zu verwerthen, kann nur unter Mitwirkung dieses Dritten in der Art erreicht werden, daß durch Abschluß eines Erbverzichtsvertrags zwischem dem Erblasser und dem künftigen Erben dieser zu Gunsten eines Anderen — etwa gegen eine von diesem zu zahlende Abfindung — auf das Erbrecht verzichtet (§§ 2346, 2350) und der Erblasser mit diesem Anderen einen Erbvertrag abschließt (§ 2274 ff.; vergl. M. II S. 185).

[15]) Auch im Falle der Todeserklärung greift die Vorschrift des § 312 Platz. Kann bewiesen werden, daß der für todt Erklärte zur Zeit des Vertragsabschlusses noch gelebt hat, so handelt es sich um den Nachlaß eines noch lebenden Dritten. Ebenso wie das Gesetz kein Gewicht darauf legt, ob die Kontrahenten wissen oder nicht wissen, daß der Dritte noch lebt, ebenso kann es nicht darauf ankommen, ob die Kontrahenten den Dritten auf Grund einer gesetzlichen Vermuthung für todt gehalten haben. Vergl. Planck Anm. 3 zu § 312. Schollmeyer Anm. 2c zu § 312. A. M. M. II S. 186, Oertmann Anm. 2 zu § 312.

[16]) Ueber die Gründe, welche für diese Vorschrift maßgebend gewesen sind, vergl. Prot. I S. 456, 457. Die Vorschrift schließt sich an ALR. § 649 I 12 an, und ermöglicht es den künftigen gesetzlichen Miterben, sich schon vor dem Erbfall über die künftige Erb-

notariell beurkundet werden. (§ 312 Abs. 2.) Die Gültigkeit des Vertrags kann also erst nach dem Tode des Erblassers festgestellt werden, er ist von Anfang an nichtig, wenn die Kontrahenten nicht kraft Gesetzes Erben des Erblassers geworden sind[17]). Der Vertrag hat übrigens nur obligatorische Wirkung. Die Kontrahenten werden trotz des Vertrags Erben mit allen Rechten und Pflichten nach den Grundsätzen der gesetzlichen Erbfolge; sie müssen einander das leisten, wozu sie im Vertrage sich verpflichtet haben, insbesondere muß derjenige, der sich zur Uebertragung der Erbschaft verpflichtet hat, die Erbschaft annehmen und seinen Erbtheil seinem Mitkontrahenten, der Miterbe geworden ist, übertragen. (§ 2033.)

§ 94. Form der Verträge über die Verpflichtung zur Veräußerung eines Grundstücks.

§ 313. In Rücksicht auf die soziale Bedeutung des Grundeigenthums hat das BGB. für die obligatorischen Verträge über Veräußerung von Grundstücken eine Ausnahme von dem Grundsatze der Formfreiheit[1]) gemacht und eine Form vorgeschrieben, „welche Schutz gegen die leichtfertige Eingehung solcher Verträge gewährt sowie eine zweifelsfreie und vollständige Feststellung der Parteiberedungen verbürgt".[2]) Ein Vertrag, durch den sich der eine Theil verpflichtet, das Eigenthum an einem Grundstücke zu übertragen, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung (§ 313 S. 1).

I. Voraussetzung für die Anwendung der Vorschrift ist,

1. daß es sich um einen Vertrag handelt. Verpflichtet sich Jemand durch ein einseitiges Rechtsgeschäft, das Eigenthum an einem Grundstücke zu übertragen, so bedarf dieses Rechtsgeschäft der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung nicht[3]);

2. daß sich wenigstens der eine Theil verpflichtet, das Eigenthum an einem Grundstücke zu übertragen. Die Vorschrift bezieht sich auf jeden obligatorischen Vertrag, durch den die Verpflichtung zur Uebertragung des Eigenthums begründet wird, gleichgültig, welcher Kategorie von Verträgen er im Einzelnen unterzuordnen ist[4]), nicht aber auf die sich als sachenrechtlichen Vertrag dar-

---

schaft auseinanderzusetzen, wofür ein praktisches Bedürfniß z. B. in dem Falle vorliegt, daß einer der Miterben auszuwandern beabsichtigt.

[17]) Doch wird man annehmen müssen, daß der Vertrag auch dann gültig bleibt, wenn das Testament des Erblassers lediglich die gesetzliche Erbfolge bestätigt. Oertmann a. a. O. Anm. 4; a. M. Schollmeyer a. a. O. Anm. 4.

[1]) Siehe oben § 41 S. 155.

[2]) D. S. 72, vergl. auch M. II S. 189 ff., Prot. I S. 459 ff., KB. zu § 307 E. IV.

[3]) A., der Verleger der Zeitschrift „Rundschau", schreibt durch öffentliche Bekanntmachung eine Preisbewerbung für eine Novelle aus mit der Bestimmung, daß derjenige, welcher innerhalb der festgesetzten Frist die beste Novelle bei ihm einreicht, das Eigenthum an der Villa X. erhält unter der Verpflichtung, sie „Villa Rundschau" zu nennen. Wenn B. den Preis erhält, so ist A. verpflichtet, das Eigenthum an der Villa an B. zu übertragen. § 313 findet nicht Anwendung, da die Auslobung kein Vertrag ist (siehe oben § 91 unter I S. 355). Aus demselben Grunde bedarf das Stiftungsgeschäft unter Lebenden auch dann nur der schriftlichen Form (§ 81 Abs. 1), wenn zu dem in dem Stiftungsgeschäfte zugesicherten Vermögen Grundstücke gehören (siehe oben § 23 unter II, 1 S. 106).

[4]) Ob Jemand ein Grundstück verkauft, vertauscht oder verschenkt, ob er einem Anderen ein Vorkaufsrecht einräumt, ob er sich in einem Gesellschaftsvertrage verpflichtet, ein Grundstück in die Gesellschaft einzubringen, ob sich in einem Auseinandersetzungsvertrage die Gesellschafter verpflichten, das Eigenthum an einem Gesellschaftsgrundstück an einen der bisherigen Gesellschafter zu übertragen u. s. w., stets bedarf der Vertrag der gerichtlichen oder notariellen

stellende Uebertragung des Eigenthums selbst, die sich nach den §§ 873, 925 richtet [5]);

3. daß sich die Verpflichtung auf die Uebertragung des Eigenthums an einem Grundstücke bezieht. Für die Verpflichtung zur Belastung eines Grundstücks gilt die Vorschrift des § 313 ebensowenig wie für die Verpflichtung zur Uebertragung oder Belastung eines anderen Rechtes an einem Grundstück [6]) oder die Verpflichtung, das Eigenthum an einem Grundstück aufzugeben (§ 928) [7]) [8]).

II. Beim Vorliegen dieser Voraussetzungen bedarf der Vertrag der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Es muß nicht nur die Verpflichtung des einen Theiles, das Eigenthum zu übertragen, sondern auch die Erklärung des anderen Theiles gerichtlich oder notariell beurkundet werden [9]). Das Formerforderniß erstreckt sich auf alle von den Erklärenden zu treffenden Bestimmungen, also sowohl auf die nach der Natur des Vertrags oder nach der Meinung der Parteien wesentlichen Punkte wie auf Nebenpunkte [10]).

III. Beim Mangel der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung ist der Vertrag, bei dem die zu I gedachten Voraussetzungen vorliegen, nichtig (§ 125 S. 1). Aus einem solchen Vertrag entsteht weder ein Anspruch auf Erfüllung noch auf Abschluß des Vertrags in der vorgeschriebenen

---

Beurkundung. Ausnahmsweise bedarf dieser Form nicht die Erklärung der Ausübung des Wiederkaufsrechts und des Vorkaufsrechts (§§ 497 Abs. 1 S. 2, 505 Abs. 1 S. 2), obwohl mit ihr der Wiederkauf beziehungsweise der Kauf zu Stande kommt (§§ 497 Abs. 1 S. 1, 505 Abs. 1 S. 1). Die strengere Form ist hier deshalb nicht für erforderlich erachtet, weil bereits zur Begründung eines Wiederkaufs- und Vorkaufsrechts in Ansehung eines Grundstücks gerichtliche oder notarielle Beurkundung nach § 313 erforderlich ist (vergl. Prot. II S. 98 ff.).

[5]) Wenn A. an B. ein Grundstück verkauft, so wird die Verpflichtung des A., das Eigenthum an dem Grundstück auf B. zu übertragen, durch den gerichtlichen oder notariellen Kaufvertrag begründet (§ 313). Die Erfüllung dieser Verpflichtung, die Uebertragung des Eigenthums selbst, erfolgt durch Auflassung und Eintragung (§§ 873, 925).

[6]) So ist z. B. die Verpflichtung, eine Hypothek zu bestellen, zu übertragen oder zu verpfänden, formlos wirksam. Aus der mündlichen Vereinbarung kann auf Bestellung, Uebertragung oder Verpfändung geklagt werden. Diese selbst erfolgen nach Maßgabe der §§ 873, 1153, 1154, 1274. Auch auf die Verpflichtung zur Bestellung oder Uebertragung eines Erbbaurechts findet § 313 nicht Anwendung. Das Gegentheil kann weder aus Abs. 1 noch aus Abs. 2 des § 1017 gefolgert werden. Abs. 1 bezieht sich auf das entstandene Erbbaurecht und bestimmt, daß für dieses die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften gelten sollen. Auf den Erwerb des Erbbaurechts erstreckt sich die Vorschrift nicht, wie schon daraus hervorgeht, daß die Bestimmung des Abs. 2 für erforderlich erachtet wurde. Nach dieser finden zwar für den Erwerb des Erbbaurechts die Vorschriften über den Erwerb des Eigenthums Anwendung, aber eine Vorschrift über den Erwerb des Eigenthums (§ 1017 Abs. 2) enthält § 313 nicht. A. M. unter verschiedener Begründung allerdings die Prot. I S. 464 und die meisten Schriftsteller. Vergl. z. B. Oertmann Anm. 3 zu § 313, Dernburg II § 80 IV, Schollmeyer Anm. 1 a zu § 313.

[7]) Ebenso Fischer-Henle Anm. 1 zu § 313, Kuhlenbeck Anm. 3 zu § 313, a. M. Planck Anm. 1 zu § 313. Eine Uebertragung des Eigenthums liegt hier nicht vor. Eine analoge Anwendung einer Formvorschrift ist, wie Kuhlenbeck mit Recht hervorhebt, unzulässig.

[8]) Ueber den Vorvertrag siehe oben § 41 unter VI, 5 S. 169, über den Vertragsantrag § 46 unter III, 3 S. 191, über die Aufhebung eines der Form des § 313 unterworfenen Vertrags § 41 bei Anm. 36 S. 162, über die Abtretung des Anspruchs auf Uebertragung des Eigenthums und die Vollmacht zum Abschluß eines der Form des § 313 unterliegenden Vertrags § 41 unter I, 3 S. 156 und § 52 Anm. 12 S. 208.

[9]) Auch bei der Schenkung eines Grundstücks genügt nicht die notarielle Beurkundung des Schenkungsversprechens (§ 518 Abs. 1).

[10]) Siehe oben § 41 unter V, 1 S. 168 und § 46 unter III, 4 S. 191. Vergl. auch hier im Texte unter III.

Form[11]). Sind einzelne Theile des Vertrags nicht gerichtlich oder notariell beurkundet, so sind folgende Fälle zu unterscheiden.

1. Handelt es sich um eine dem Vertrage nach seiner Natur wesentliche Bestimmung, ist z. B. bei einem Kaufvertrage der mündlich vereinbarte Kaufpreis nicht beurkundet, so ist der Vertrag noch nicht zu Stande gekommen.

2. Ist eine andere formlos getroffene Vereinbarung nicht beurkundet, z. B. bei einem Kaufvertrage die Verpflichtung des Käufers zur Bestellung einer Hypothek für das Restkaufgeld oder die Zeit der Uebergabe oder der Auflassung, so sind die nicht beurkundete Abrede und damit der ganze Vertrag nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, daß er auch ohne den nichtigen Theil geschlossen sein würde (§ 139). Ist Letzteres der Fall, so ist der Vertrag wirksam. In Ansehung der nichtigen Abreden ist er nach seinem wirksamen Inhalt und nach den gesetzlichen Vorschriften zu ergänzen[12]).

3. Werden, nachdem der Vertrag in allen seinen Theilen formgerecht geschlossen ist, Abreden getroffen, so bedürfen sie der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, wenn sie die nach dem Gesetz oder dem Willen der Parteien wesentlichen Bestandtheile des Geschäfts betreffen und sich deshalb als Abschluß eines neuen Vertrags darstellen. Erfolgt die Beurkundung nicht, so sind die Abreden nichtig. Ob der Vertrag wirksam bleibt oder ob die formlose Abrede eine wirksame Aufhebung des Vertrags enthält, ist Frage des einzelnen Falles[13]). Beziehen sich die Abreden nicht auf wesentliche Bestandtheile des Geschäfts, so bedürfen sie der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung nicht[14]).

IV. Während regelmäßig die Beobachtung der vorgeschriebenen Form durch die Erfüllung nicht ersetzt wird,[15]) bestimmt das Gesetz für den Vertrag, durch den sich der eine Theil verpflichtet, das Eigenthum an einem Grundstücke zu übertragen, eine Ausnahme. Ein solcher Vertrag, welcher wegen Mangels der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung nichtig ist, wird seinem ganzen Inhalte nach gültig, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen (§ 313 S. 2),[16]) d. h. wenn der eine Theil seine Verpflichtung, das Eigenthum an dem Grundstücke zu übertragen, erfüllt.

1. Voraussetzung für die Heilung der Nichtigkeit ist, daß Auflassung und Eintragung erfolgen. Eine von beiden genügt nicht, um den Vertrag gültig zu machen. Die Auflassung muß auf Grund des Vertrags[17]) zu dessen Er-

---

[11]) Siehe oben § 41 unter I, 1 S. 155 und unter VI, 3 S. 169.

[12]) Vergl. hierzu Oertmann Anm. 4 zu 313, Schollmeyer Anm. 1, c zu § 313. Ueber die Beweislast siehe oben § 41 unter V, 3 S. 168, über den Fall, daß etwas Anderes beurkundet als vereinbart ist ebenda unter V, 4.

[13]) Siehe oben § 41 bei Anm. 36 S. 162. In einem notariell beurkundeten Vertrag ist der Kaufpreis auf 100000 M. festgesetzt. Später vereinbaren die Parteien mündlich, daß der Kaufpreis 120000 M. betragen solle. Dann ist der ursprüngliche Vertrag aufgehoben, die neue Vereinbarung ist in Ermangelung der im § 313 vorgeschriebenen Form nichtig. Wird der Kaufpreis durch mündliche Vereinbarung auf 90000 M. herabgesetzt, so liegt hierin ein Erlaß, der formlos gültig ist.

[14]) Siehe hierüber oben § 41 unter III, 4 S. 162 bei Anm. 37. Wenn z. B. nach Abschluß eines Kaufvertrags vereinbart wird, daß das Restkaufgeld statt am 1. 1. 1902, wie ursprünglich verabredet, erst am 1. 7. 1902 fällig sein soll, so stellt sich dies als eine selbstständige Abrede dar, auf welche § 313 nicht Anwendung findet.

[15]) Siehe oben § 41 unter IV S. 167.

[16]) Vergl. Preuß. EEG. vom 5. 5. 1872 § 10.

[17]) Die Parteien müssen die Auflassung auf Grund des Vertrags vollziehen. Es ist zu beachten, daß der Grundbuchrichter das Vorliegen eines wirksamen Vertrags nicht zu prüfen hat und daß auch von einem solchen der Eigenthumsübergang nicht abhängig ist. — Von dem Vorbehalte des § 98 GBO. ist in Preußen kein Gebrauch gemacht.

füllung erfolgen.[18]) Auflassung und Eintragung müssen sich auf das ganze Grundstück beziehen, über welches der Vertrag geschlossen ist.[19])

2. Die Wirkung der erfolgten Auflassung und Eintragung besteht darin, daß sie die mangelnde Form ersetzen, d. h. daß es so angesehen wird, als sei der Vertrag in allen seinen Theilen gerichtlich oder notariell beurkundet. Er wird, soweit seine Nichtigkeit auf dem Mangel der vorgeschriebenen Form beruht,[20]) seinem ganzen Inhalte nach gültig. Alle Vereinbarungen, welche die Parteien in Ansehung des Vertrags bis zur Vornahme der Auflassung[21]) getroffen haben, werden mit der auf Grund der Auflassung erfolgten Eintragung[22]) wirksam, sei es, daß der ganze Vertrag nicht formgerecht geschlossen war oder daß es sich um formlose Nebenabreden neben dem formgerechten Vertrag oder um nachträgliche Ergänzungen oder Aenderungen des Vertrags handelt, welche der erforderlichen Form ermangeln.[23])

---

[18]) Nicht unbedingt erforderlich ist, daß der Verpflichtete unmittelbar an seinen Gegenkontrahenten aufläßt. Wenn z. B. der Käufer, welcher den Kaufvertrag nur schriftlich geschlossen hat, das Grundstück durch notariellen Vertrag weiterverkauft oder seinen Anspruch auf Eigenthumsübertragung an einen Anderen abtritt, so wird durch die Auflassung an den zweiten Käufer oder an den Zessionar der nicht formgerechte erste Kaufvertrag gültig. Vergl. Oberneck § 54 unter 1 S. 293, Neumann Anm. 4 zu § 313.

[19]) Durch die Auflassung eines Theiles des verkauften Grundstücks oder nur eines von zwei vertauschten Grundstücken und deren Umschreibung wird der Vertrag nicht gültig. Nur wenn er in Ansehung der Eigenthumsübertragung in vollem Umfang erfüllt ist, ist dadurch die mangelnde Form ersetzt. Die Vorschrift des § 312 S. 2 beruht nicht darauf, daß in der Erfüllung eine Bestätigung des Geschäfts gesehen wird, — dann könnte man eine solche auch in der theilweisen Erfüllung finden —, sondern darauf, daß es mit der Verkehrsauffassung in Widerspruch stehen würde, wenn trotz Erfüllung des Vertrags der Erwerber noch während der Verjährungszeit dem Bereicherungsanspruch ausgesetzt wäre (M. II S. 190—191, Prot. I S. 463). Vergl. Schollmeyer Anm. 2a zu § 313, Oberneck § 54 Anm. 6, RG. Bd. 16 S. 268, Gruchot Bd. 29 S. 388, JW. 1882 S. 277. AM. Dernburg III § 89 unter 8, vergl. auch II § 80 unter IV.

[20]) Andere Mängel, welche die Wirksamkeit des Vertrags beeinflussen, z. B. Willensmängel oder das Fehlen der erforderlichen Zustimmung eines Dritten, werden naturgemäß durch die Auflassung und Eintragung an sich nicht beseitigt.

[21]) Abreden, die zwischen Auflassung und Eintragung getroffen werden, werden nicht gültig, da sie durch die vor der Vereinbarung erfolgte Auflassung nicht gedeckt werden. Schollmeyer Anm. 2b zu § 313.

[22]) Die Heilung wirkt ex nunc, nicht ex tunc. Ebenso Oberneck § 54 S. 293 und für das frühere Recht RG. bei Gruchot Bd. 29 S. 388, Eccius I § 79 Anm. 67, Oberneck Anm. 2 zu § 10 EEG.; a. M. Planck Anm. 2 zu § 313, Schollmeyer Anm. 3 zu § 313. Planck will die Vorschrift des § 141 Abs. 2 analog anwenden, weil das Gesetz die Auflassung wie eine Bestätigung behandele. Dies trifft aber nicht zu (siehe oben Anm. 19). Schollmeyer stützt seine Ansicht darauf, daß die Rückbeziehung im Sinne der Kontrahenten liege. Aber der Wille der Kontrahenten kann in Ermangelung einer gesetzlichen Vorschrift einen nichtigen Vertrag nicht ex tunc wirksam machen. Uebrigens ist die Frage für den von Planck und Schollmeyer angeführten Fall — es ist vereinbart, daß der Käufer die Nutzungen des Grundstücks schon vor der Auflassung beziehen und den Kaufpreis schon vom Abschlusse des nicht formgerechten Vertrags an verzinsen soll — ganz unerheblich. Auch wenn die Heilung ex nunc wirkt, kann der Käufer die Nutzungen von der bestimmten Zeit an, der Verkäufer die Zinsen vom Vertragsschluß an fordern. Anderenfalls wäre die Abrede eben nicht wirksam geworden.

[23]) Nach Endemann I § 104 Anm. 6 soll die Heilung der Ungültigkeit „zu Gunsten des vollen Glaubens der Grundbucheintragungen" eintreten. Mit dem Glauben des Grundbuchs (§§ 892, 893) hat aber die Vorschrift des § 313 S. 2 nichts zu thun. Die Heilung tritt auch nicht nur zu Gunsten der Grundbucheintragungen, sondern in Ansehung des ganzen Inhalts des Vertrags ein. — Wenn in dem Falle der Anm. 18 beide Kaufverträge nicht formgerecht geschlossen sind, so werden sie beide durch die Auflassung seitens des ersten Verkäufers an den zweiten Käufer und die Eintragung des Letzteren gültig. Oberneck § 54 S. 292.

Art. 142. V. Durch die Artt. 142, 3 EG. ist es den Landesgesetzen vorbehalten, in Ansehung der in dem Gebiete des betreffenden Bundesstaats liegenden Grundstücke zu bestimmen, daß für die Beurkundungen des im § 313 bezeichneten Vertrags außer den Gerichten und Notaren auch andere Behörden und Beamte zuständig sind.[24])

§ 95. Bestimmung der Leistung.

Wenn die Leistung, auf welche der Vertrag gerichtet ist, nicht bestimmt und auch nicht bestimmbar ist, so ist der Vertrag nichtig. Eine hinreichende Bestimmtheit liegt vor, wenn die Leistung zwar nicht unmittelbar, aber doch mittelbar, z. B. durch Bezugnahme auf einen Markt- oder Börsenpreis, bestimmt ist[1]).

Im Vertrage kann aber auch die Bestimmung der Leistung durch die Vertragschließenden oder durch Dritte vorbehalten werden. Dann gilt Folgendes (§§ 315—319, vgl. auch § 2156):

I. Die Leistung soll durch einen der Vertragschließenden[2]) bestimmt werden.

---

[24]) In Preußen ist von dem Vorbehalte Gebrauch gemacht durch AG. Art. 12 §§ 2 bis 4, PFG. Artt. 112 (vergl. Art. 117), 122 Abs. 2, 125. Hervorzuheben ist, daß nach § 2 Art. 12 Preuß AG. für die Beurkundung des im § 313 bezeichneten Vertrags, wenn es sich um ein in Preußen liegendes Grundstück handelt und einer der Vertragschließenden durch eine öffentliche Behörde vertreten wird, außer den Gerichten und Notaren auch der Beamte zuständig ist, welcher von dem Vorstande der zur Vertretung berufenen Behörde oder von der vorgesetzten Behörde bestimmt ist. (Vergl. hierzu Oberneck § 54 S. 293 ff., Stranz-Gerhard zu § 2 Art. 12 Preuß. AG.) Eine Vertretung im Sinne dieser Vorschrift durch eine öffentliche Behörde liegt vor, wenn diese gesetzlich oder satzungsgemäß (z. B. bei einer Stiftung) zur Vertretung berufen ist, nicht aber wenn sie nur Bevollmächtigte einer Privatperson ist. (So zutreffend Stranz-Gerhard Anm. 12 a. a. O.) Derjenige, welcher als Vertreter der Behörde den Vertrag schließen soll, kann nicht gleichzeitig die Beurkundung vornehmen (Preuß. AG. Art. 12 § 4, RFG. §§ 168 S. 2, 170 Nr. 1, vergl. Rausnitz Anm. 3 zu § 170 RFG.). Die nach § 2 Art. 12 Preuß. AG. bestimmte Urkundsperson ist nur zuständig für die Beurkundung des im § 313 bezeichneten Vertrags (Oberneck § 54 S. 294 unter c, Stranz-Gerhard Anm. 15 a. a. O.). Daraus folgt aber nicht, daß andere in der Urkunde enthaltene Rechtsgeschäfte, welche nicht der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedürfen, unwirksam sind. Z. B. ist auch eine Hypothekenbestellung wirksam (a. M. die vorgenannten Schriftsteller), nur gilt sie nicht als gerichtlich oder notariell beurkundet (vergl. z. B. § 873 Abs. 2, GBO. § 29). Wenn sich A. in einem nach § 2 Art. 12 Preuß. AG. beurkundeten Vertrage verpflichtet, dem B. eine Hypothek zu bestellen und die Eintragung der Hypothek bewilligt, so kann zwar B. auf Grund des Vertrags die Eintragung nicht erlangen (GBO. § 29), aber er hat einen Anspruch gegen A. auf Vollziehung der Eintragungsbewilligung in der erforderlichen Form. — Im Falle des § 1 Art. 12 Preuß. AG. ist für den im § 313 bezeichneten Vertrag die schriftliche Form genügend (EG. Artt. 62, 109).

[1]) Siehe unten unter I, 3, c. Vgl. hierzu Dernburg II § 85.

[2]) Es ist festzuhalten, daß die Wirksamkeit des Vertrags davon abhängt, daß er die Bestimmung durch einen der Vertragschließenden (oder einen Dritten) vorbehält. Bei einem Vorbehalt ohne Bestimmung des Bestimmungsberechtigten ist der Vertrag noch nicht zu Stande gekommen (vgl. § 154 Abs. 1). Eine Vorschrift, daß die Bestimmung der Leistung im Zweifel durch einen der Vertragschließenden erfolgen solle, enthält das Gesetz (abgesehen vom § 316) nicht. Deshalb kann auch die Frage, welcher Partei das Bestimmungsrecht im Zweifel zustehe (Cosack I § 84 S. 294a), dahingestellt bleiben. Die Ansicht von Schollmeyer (Anm. 1 b zu § 315), daß im Zweifel das Bestimmungsrecht beiden Parteien zustehe, daß aber das Recht des Einen erlösche, sobald der Andere die Bestimmung getroffen hat, hat im Gesetze keine Begründung. Für die Mehrzahl der Fälle wird die Vorschrift des § 316 (siehe unten unter 3) anzuwenden sein.

Die Bestimmung kann dem freien Belieben (der Willkür) oder dem billigen Ermessen einer Partei überlassen sein.

1. Hängt die Bestimmung von dem freien Belieben einer Partei ab, so ist der Vertrag unwirksam, wenn es sich um den unmittelbaren Gegenstand der Leistung handelt. Bei dem freien Belieben des Schuldners fehlt es an einer Verpflichtung, das freie Belieben des Gläubigers enthält eine gegen die guten Sitten verstoßende Einschränkung der persönlichen Freiheit des Schuldners. Hängen nur einzelne Modalitäten von der willkürlichen Bestimmung einer Partei ab, so ist die Wirksamkeit des Vertrags nach den Umständen des einzelnen Falles zu beurtheilen [3].

Ist der Vertrag wirksam, so erfolgt die Bestimmung durch Erklärung gegenüber dem anderen Theile (vergl. § 315 Abs. 2). Die einmal getroffene Bestimmung kann einseitig nicht widerrufen werden. Eine Anfechtung der Bestimmung wegen Unbilligkeit findet nicht statt.

Wenn der Bestimmungsberechtigte die Bestimmung nicht treffen kann oder will oder wenn er sie verzögert, so ist der Vertrag in allen Fällen unwirksam. Eine Bestimmung durch den Richter läßt das Gesetz nicht zu (vergl. §§ 319 Abs. 2, 315 Abs. 3) [4].

§ 315. 2. Ein Vertrag, in dem die Bestimmung der Leistung dem billigen Ermessen einer Partei überlassen ist, ist wirksam. Haben die Parteien die Bestimmung durch einen der Vertragschließenden vorbehalten, so gilt im Zweifel als vereinbart, daß sie nach billigem Ermessen zu treffen ist (§ 315 Abs. 1) [5].

Die Bestimmung erfolgt auch hier durch Erklärung gegenüber dem anderen Theile (§ 315 Abs. 2) [6], sie ist unwiderruflich [7]. Dagegen ist sie, anders als

[3]) Das Versprechen, ein Darlehen zu geben, dessen Höhe von dem freien Belieben des Berechtigten oder des Verpflichteten abhängt, ist nichtig. Das Versprechen, ein Darlehen von 100 Mark zu gewähren und die Bestimmung des Leistungsorts dem freien Belieben des Berechtigten oder Verpflichteten zu überlassen, wird in der Regel wirksam sein. Ist die Zeit der Leistung der Willkür des Verpflichteten überlassen, so liegt eine wirksame Verpflichtung nicht vor; anders wenn sie nach freiem Belieben des Berechtigten zu bestimmen ist. — Ein Beispiel bietet auch der sogenannte Spezifikationskauf (HGB. § 375), der wirksam ist, da hier nur die Bestimmung über Form, Maß oder ähnliche Verhältnisse dem Käufer vorbehalten ist. — In weiterem Umfang als hier angenommen, halten Verträge, bei denen die Bestimmung der Leistung nach freiem Belieben einer Partei erfolgen soll, für wirksam Dernburg II § 86 Anm. 2, Oertmann Anm. 1 b zu § 315, Schollmeyer Anm. 3 zu § 315.

[4]) Gegen die Zulässigkeit einer Bestimmung durch Urtheil auch Planck Anm. 5 zu § 315, Cosack I § 84 S. 295 unter d. Oertmann Anm. 4 b zu § 315, Schollmeyer Anm. 4 c zu § 315, Fischer-Henle Anm. 3 zu § 315 gewähren dem anderen Theile eine Klage gegen den Bestimmungsberechtigten auf Vornahme der Bestimmung (vergl. CPO. § 888). Wenn aber die Bestimmung völlig der Willkür der Partei überlassen ist, so besteht eine Verpflichtung, die Bestimmung zu treffen, nicht. (Vergl. Planck a. a. O.) — Zu beachten ist, daß nach dem Sprachgebrauche „nach Belieben“ und „nach freiem Belieben“ nicht gleichbedeutend sind. Wenn ein Arzt dem ihn Konsultierenden auf die Frage, was er schuldig sei, antwortet: „nach Belieben“, so will er damit die Bestimmung des Honorars nicht dem freien Belieben, der Willkür, sondern dem billigen Ermessen des Anderen überlassen. Trifft dieser die Bestimmung nicht, so findet § 315 Abs. 3 Anwendung. — Eine Sondervorschrift enthält § 375 Abs. 2 HGB.

[5]) Das Versprechen, ein Darlehen zu geben, dessen Höhe der Berechtigte bestimmen soll, ist wirksam, da die Höhe hier nach billigem Ermessen unter Berücksichtigung der Umstände des Falles zu bestimmen ist.

[6]) Irrig erscheint die Ansicht von Schollmeyer (Anm. 2 zu § 315), daß die Bestimmung auch durch den Singularsuccessor des Bestimmungsberechtigten erfolgen könne. Soll die Bestimmung nach billigem Ermessen einer Partei erfolgen, so ist diese verpflichtet, die Bestimmung zu treffen. Eine Uebertragung dieser Verpflichtung auf einen Dritten ist

die Bestimmung nach freiem Belieben, für den anderen Theil nur dann verbindlich, wenn sie der Billigkeit entspricht. Ist dies nicht der Fall, so wird die Bestimmung auf Klage des anderen Theiles oder auf sein Bestreiten gegenüber der von dem Bestimmenden erhobenen Leistungs- oder Feststellungs-Klage [8]) durch richterliches Urtheil getroffen (§ 315 Abs. 3). Die Klage des Anderen ist auf Verurtheilung zu der vom Gerichte zu bestimmenden Leistung (wenn er der zur Leistung Berechtigte ist) oder auf Bestimmung der Leistung durch das Gericht zu richten. Letztere ist eine durch § 315 Abs. 3 zugelassene selbstständige Klage, für welche die Voraussetzungen der Feststellungsklage des § 256 CPO. nicht vorzuliegen brauchen [9]). Die Beweislast dafür, daß die getroffene Bestimmung der Billigkeit entspreche, trifft in allen Fällen den Bestimmenden. Die gleichen Vorschriften finden Anwendung, wenn die Bestimmung verzögert wird (§ 315 Abs. 3). Wann eine Verzögerung vorliegt, ist nach den Umständen des einzelnen Falles zu entscheiden. Gleichgültig ist, ob der Bestimmungsberechtigte die Bestimmung nicht treffen kann oder will und ob die Verzögerung auf einem Verschulden beruht oder nicht. Der andere Theil kann dann auf Verurtheilung zu der vom

---

ohne Zustimmung des Anderen unzulässig. Dagegen ist die Ausübung des Bestimmungsrechts durch einen Vertreter regelmäßig zulässig (Schollmeyer a. a. O.).

[7]) Wenn ein Arzt einem Patienten eine Liquidation zugesandt hat, in der er für jeden Besuch 3 M. berechnet, so kann er das Honorar nicht später, vielleicht weil die Zahlung nicht sofort erfolgt ist, auf 4 M. erhöhen. Ein Vorbehalt hat die Bedeutung, daß die Bestimmung noch nicht endgültig erfolgt, daß also auch eine spätere Erhöhung zulässig ist. In einer Bestimmung unter Vorbehalt kann aber eine Verzögerung der Bestimmung liegen, die eine Bestimmung durch Urtheil zur Folge haben kann (§ 315 Abs. 3, siehe im Texte). Vergl. Schollmeyer Anm. 2 zu § 315.

[8]) Der Bestimmende selbst kann nur die Klage auf die von ihm bestimmte Leistung oder unter den Voraussetzungen des § 256 CPO. auf Feststellung der Verpflichtung zu dieser Leistung erheben. Eine Klage auf Bestimmung der Leistung durch das Gericht steht ihm nicht zu (a. M. Schollmeyer Anm. 4 d und β zu § 315), da diese voraussetzt, daß die Bestimmung der Billigkeit nicht entspricht und er seine eigene Bestimmung nicht als unbillig anfechten kann. Anders nach E. I § 353 Abs. 4. Danach sollte jede Partei die Bestimmung durch Urtheil herbeiführen können, sobald der Andere die Bestimmung als billig nicht anerkannte.

[9]) Uebereinstimmend Oertmann Anm. 4 a zu § 315, a. M. Prot. I S. 465, Planck Anm. 3 zu § 315, Neumann Anm. 1 zu § 315, Fischer-Henle Anm. 6 zu § 315. Schollmeyer Anm. 4 α zu § 315 versagt dem Schuldner gegenüber der unbilligen Bestimmung des Gläubigers jede Klage. — A. verspricht dem B. zur Begründung eines Geschäfts ein Darlehen, dessen Höhe B. nach billigem Ermessen bestimmen soll. B. bestimmt das Darlehen auf 10 000 Mk., A. erklärt höchstens 5000 Mk. als der Billigkeit entsprechend. B. kann nun nicht auf Bestimmung der Summe durch das Gericht klagen, er klagt vielmehr unmittelbar auf Zahlung der 10 000 Mk. Auf das Bestreiten des A., daß diese Summe der Billigkeit entspreche, bestimmt das Gericht die Höhe des Darlehens nach billigem Ermessen auf 5000 Mk. und verurtheilt A. zur Zahlung dieses Betrags. — Nachdem B. das Darlehen auf 10 000 Mk. bestimmt hat, kann A. unter der Behauptung, daß dieser Betrag unbillig sei, Klage erheben mit dem Antrage, die Höhe des von ihm dem B. zu gewährenden Darlehens durch Urtheil zu bestimmen. Findet das Gericht den Betrag von 10 000 Mk. angemessen, so weist es die Klage ab, da eine Bestimmung durch Urtheil nicht stattfindet, wenn die Bestimmung der Billigkeit entspricht. Erachtet das Gericht 10 000 Mk. für unbillig, so bestimmt es die Höhe des Darlehens, z. B. auf 7500 Mk., und erläßt das Urtheil dahin, daß der Betrag des von A. dem B. zu gewährenden Darlehens auf 7500 Mk. bestimmt wird. — Hatte A. die Höhe des Darlehens zu bestimmen und bestimmt es auf 5000 Mk., während B. 10 000 Mk. für angemessen erklärt, so kann A. nur unter den Voraussetzungen des § 256 CPO. auf die Feststellung klagen, daß er nur zur Zahlung von 5000 Mk. verpflichtet ist, während B. auf Verurtheilung des A. zur Zahlung des vom Gerichte zu bestimmenden Betrags oder auf Bestimmung des Betrags durch das Gericht klagen kann.

Gerichte zu bestimmenden Leistung oder auf Bestimmung durch das Gericht klagen. Dem zögernden Bestimmungsberechtigten steht ein Klagerecht nicht zu.

3. Besondere Vorschriften giebt das BGB. für den Fall, daß bei gegenseitigen Verträgen der Umfang der Gegenleistung nicht bestimmt ist. Hier schreibt der § 316 dreierlei vor:[10]) **§ 316.**

a) Auch wenn beim Vertragsschlusse die Bestimmung der Gegenleistung durch einen der Vertragschließenden nicht vorbehalten ist, ist der Vertrag nicht unwirksam. Es gilt vielmehr als vereinbart, daß einer der Vertragschließenden die Bestimmung treffen soll[11]).

b) Die Bestimmung erfolgt im Zweifel durch denjenigen, welcher die Gegenleistung zu fordern hat.

c) Sie ist im Zweifel nach billigem Ermessen zu treffen (§§ 316, 315 Abs. 1). Voraussetzung für die Anwendung dieser Vorschriften ist, daß der Umfang der Gegenleistung überhaupt nicht, also auch nicht stillschweigend, vereinbart ist. Besteht z. B. für die Gegenleistung ein Markt- oder Börsenpreis, so wird dieser regelmäßig als vereinbart anzusehen sein. In diesem Falle liegt also eine Unbestimmtheit des Umfangs der Gegenleistung nicht vor, soweit nicht etwa ein Spielraum zwischen einem Höchst- und Mindestbetrage bleibt, innerhalb dessen dann noch die Bestimmung durch den zur Gegenleistung Berechtigten zu treffen ist. Die Anwendung des § 316 ist ferner in den Fällen ausgeschlossen, in denen das Gesetz über die im Vertrage nicht bestimmte Höhe der Gegenleistung besondere Vorschriften enthält, wie dies beim Dienst-, Werk- und Mäklervertrage der Fall ist (§§ 612, 632 Abs. 2, 653 Abs. 2)[12]).

II. Die Leistung soll durch einen Dritten bestimmt[13]) werden.

Die Person des Dritten muß von den Parteien bestimmt oder sie muß wenigstens bestimmbar sein[14]). Solange dies nicht der Fall ist, ist der Vertrag noch nicht geschlossen (vergl. § 154). Die Bestimmung der Leistung kann dem freien Belieben oder dem billigen Ermessen des Dritten überlassen sein (vergl. § 319). Im Zweifel ist anzunehmen, daß sie nach billigem Ermessen des Dritten zu treffen ist (§ 317 Abs. 1). Die Bestimmung erfolgt durch Erklärung gegenüber auch nur einem der Vertragschließenden (§ 318 Abs. 1)[15]). Sie ist unwiderruflich. Soll die Bestimmung durch mehrere Dritte erfolgen, so ist im Zweifel Uebereinstimmung aller erforderlich (§ 317 Abs. 2). Ist die Uebereinstimmung **§§ 317--319.**

---

[10]) Voraussetzung für die Anwendung des § 316 ist, daß eine Gegenleistung versprochen und nur ihr Umfang nicht bestimmt ist.

[11]) Siehe dagegen oben S. 366 Anm. 2.

[12]) Wenn Jemand Zigarren kauft, ohne einen Preis zu vereinbaren, so ist dieser vom Verkäufer nach billigem Ermessen zu bestimmen (§ 316). — Beim Kaufe von Werthpapieren an der Börse gilt der Börsenpreis im Zweifel als vereinbart. — Die Dienste eines Arztes sind nach der Taxe zu vergüten (§ 612 Abs. 2); soweit diese einen Spielraum läßt, entscheidet das billige Ermessen des Arztes (§§ 316, 315). Vergl. hierzu Staub Exkurs zu § 373 HGB. Anm. 18 u. 25.

[13]) Das Folgende gilt auch, wenn die Bestimmung mehreren Dritten überlassen ist, soweit nicht Besonderheiten hervorgehoben sind.

[14]) Vergl. Oertmann Anm. 1 zu § 317, Dernburg II § 87 Anm. 7, Schollmeyer Anm. 1 zu § 317.

[15]) Eine Vertretung des Dritten bei der Bestimmung ist ausgeschlossen. Ihm ist die Bestimmung aus persönlichem Vertrauen übertragen. Planck Anm. 2 zu § 318, Dernburg II § 87 I, Schollmeyer Anm. 1 zu § 318, Oertmann Anm. 1 zu § 318. — Ist der Dritte in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so bedarf er doch zu der Bestimmung nicht der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, weil die Bestimmung kein Rechtsgeschäft des Dritten ist (Dernburg § 87 III,2). Vergl. auch Planck Anm. 2 zu § 318, Schollmeyer Anm. 1 zu § 318, Fischer-Henle Anm. 3 zu § 107.

nicht zu erzielen, so steht damit fest, daß die Dritten die Bestimmung nicht treffen können. Nur wenn eine Summe zu bestimmen ist und verschiedene Summen bestimmt werden, ist im Zweifel die Durchschnittssumme maßgebend (§ 317 Abs. 2).

Wenn sich der Dritte bei der Bestimmung im Irrthume befunden hat oder wenn er zu der Bestimmung durch Drohung oder arglistige Täuschung veranlaßt worden ist, so steht die Anfechtung (entgegen §§ 119, 123) nicht ihm, sondern ausschließlich den Vertragschließenden zu. Anfechtungsgegner ist der andere Theil. Die Anfechtungsfrist ist im Anschluß an § 121 (abweichend von § 124) für alle Fälle dahin bestimmt, daß die Anfechtung unverzüglich (ohne schuldhaftes Zögern, § 121) erfolgen muß, nachdem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrunde Kenntniß erlangt hat. Sie ist ausgeschlossen, wenn 30 Jahre verstrichen sind, seitdem die Bestimmung getroffen ist (§ 318 Abs. 2)[16].

Eine Verpflichtung zur Vornahme der Bestimmung besteht für den Dritten nicht, falls dies nicht mit den Vertragschließenden vereinbart ist.

In gewissen Beziehungen gilt Besonderes für die Bestimmung nach freiem Belieben und nach billigem Ermessen des Dritten:

1. Die Wirksamkeit eines Vertrags, in dem die Bestimmung der Leistung dem freien Belieben eines Dritten überlassen ist, ist dadurch bedingt, daß der Dritte die Bestimmung trifft. Wenn er sie nicht treffen kann oder will oder wenn er sie verzögert, ist der Vertrag unwirksam (§ 319 Abs. 2). Eine Bestimmung durch den Richter findet in diesem Falle nicht statt. Die getroffene Bestimmung kann wegen Unbilligkeit nicht angefochten werden.

2. Ist die Bestimmung dem billigen Ermessen eines Dritten überlassen, so ist sie, anders als die Bestimmung durch einen der Vertragschließenden, nicht schon dann für die Parteien unverbindlich, wenn sie der Billigkeit nicht entspricht. Das Gesetz erfordert hier für die Unverbindlichkeit der Bestimmung eine offenbare Unbilligkeit[17], d. h. die Bestimmung muß in so erheblicher Weise von der Billigkeit abweichen, daß die Unbilligkeit von jedem verständigen Menschen ohne weiteres zu erkennen ist. Ist sie hiernach unverbindlich, so erfolgt die Bestimmung durch richterliches Urtheil (§ 319 Abs. 1). Klageberechtigt ist in diesem Falle jede Vertragspartei. Der Prozeß ist nicht gegen den Dritten, sondern unter den Vertragschließenden selbst zu führen. Die Klage kann auf Verurtheilung zu der vom Gerichte zu bestimmenden Leistung oder auf Bestimmung der Leistung durch das Gericht gerichtet werden[18].

Die Partei, welche die Bestimmung des Dritten nicht anerkennt, hat deren Unbilligkeit zu beweisen[19].

---

[16]) Ist die Bestimmung mit Erfolg angefochten, also nichtig, so wird sie regelmäßig nicht nachzuholen sein, vielmehr wird dann der Fall der Verzögerung vorliegen (§ 319, siehe im Texte unter 1 und 2). So zutreffend Dernburg II § 87 III, 3. A. M. Planck Anmerkung 3b zu § 318, Schollmeyer Anm. 2a zu § 318, Kuhlenbeck Anm. 3 zu § 318.

[17]) Vergl. §§ 660 Abs. 1, 1591 Abs. 1, 1717 Abs. 1, 2048 S. 3, 2155 Abs. 3, 2217 Abs. 1.

[18]) Siehe oben S. 368.

[19]) Im Falle des § 315 Abs. 3 ist die Billigkeit der Bestimmung Voraussetzung für deren Verbindlichkeit. Wer sich auf die Letztere stützt, hat daher die Billigkeit zu beweisen. Die Bestimmung durch einen Dritten nach billigem Ermessen (§ 319) gilt dagegen ohne jede Voraussetzung regelmäßig als verbindlich. Nur ausnahmsweise ist sie unverbindlich, wenn sie offenbar unbillig ist. Wer sich auf diese Ausnahme stützt, hat deren Voraussetzung, nämlich die offenbare Unbilligkeit, zu beweisen.

Die gleichen Vorschriften gelten, wenn der Dritte die Bestimmung nicht treffen kann oder will oder wenn er sie verzögert (§ 319 Abs. 1 S. 2)[20].

§ 96. Gegenseitiger Vertrag. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags.

§§ 320—322.

1. Der gegenseitige Vertrag ist darauf gerichtet[1]), Rechte und Verbindlichkeiten für beide Theile zu erzeugen und zwar derart, daß die Leistung eines jeden Theiles das Entgelt für die Leistung des anderen Theiles bildet. Es folgt hieraus, daß jeder Theil zu der ihm gebührenden Leistung nur dann berechtigt ist, wenn er auch die ihm obliegende Gegenleistung bewirkt. Es muß somit, falls nicht bestimmt ist, daß der eine Theil vorzuleisten hat, der gegenseitige Vertrag Zug um Zug erfüllt werden: beide Parteien müssen wechselseitig zur gleichen Zeit leisten. Diese Verpflichtung, Zug um Zug zu erfüllen, hat jedoch nicht die Bedeutung, daß das Recht eines jeden Theiles gewissermaßen ein bedingtes ist, d. h. daß er nur fordern kann, wenn er darthut, daß er seinerseits geleistet hat oder mindestens zu leisten bereit ist[2]). Es kann vielmehr jede der Parteien ohne Weiteres auf Erfüllung des Vertrags klagen; der Kläger, der die ihm gebührende Leistung fordert, braucht nicht zu behaupten und zu beweisen, daß er vorgeleistet oder daß er wenigstens die Leistung dem Beklagten angeboten habe, auch nicht einmal, daß er seinerseits zu der ihm obliegenden Leistung bereit und im Stande sei[3]). Ja, es braucht nicht einmal auf Leistung Zug um Zug geklagt zu werden, sondern es

[20]) Die Vorschriften der §§ 317—319 gelten nicht nur bei völliger Unbestimmtheit der Leistung, sondern auch dann, wenn der Dritte unter mehreren bestimmten Leistungen zu wählen hat (Alternativobligation). Dagegen gelten, wenn letzteren Falles die Bestimmung einem der Vertragschließenden zusteht, nicht die §§ 315, 316, sondern die §§ 262 ff.

[1]) Hierdurch unterscheidet sich der gegenseitige (synallagmatische) Vertrag im engeren Sinne von dem zweiseitigen Vertrage im weiteren Sinne. Bei letzterem, z. B. dem Auftrag, ist die Absicht der Parteien nur darauf gerichtet, Verbindlichkeiten eines Theiles, des Beauftragten, zu begründen. Daß daneben auch Verbindlichkeiten des anderen Theiles, des Auftraggebers, entstehen, ist etwas Zufälliges und Nebensächliches. Vor allem aber stellen diese etwaigen Verbindlichkeiten des Auftraggebers kein Entgelt für die des Beauftragten dar. Bei den eigentlichen gegenseitigen Verträgen, z. B. dem Kaufe, ist die Verbindlichkeit des Einen ohne die des Anderen nicht denkbar; beide Verbindlichkeiten sollen wirthschaftlich gegen einander ausgetauscht werden. Die §§ 320—327 kommen nur bei diesen eigentlich gegenseitigen Verträgen zur Anwendung.

[2]) In der rechtlichen Auffassung und Behandlung der sog. exceptio non impleti contractus weicht das BGB. in grundsätzlicher und sehr bemerkenswerther Weise vom ALR. ab. Während nach diesem (§ 271 I 5 ALR.) bei einer Klage auf Erfüllung eines gegenseitigen Vertrags die Behauptung und der Nachweis, der Kläger habe seinerseits den Vertrag erfüllt, zur materiellen Begründung der Klage gehört, der Richter somit dieses Erforderniß von Amtswegen prüfen muß und bei dessen Fehlen der Klage nicht stattgeben, insbesondere kein Versäumnißurtheil erlassen darf (vergl. Eccius I § 83, Dernburg PP. II § 46), muß nach dem BGB. die Einrede des nicht erfüllten Vertrags, um Beachtung zu finden, vom Beklagten erhoben werden.

[3]) Wenn also bei einem Kaufe rücksichtlich der Lieferung der Waare und der Zahlung des Preises nichts Besonderes ausbedungen ist, so kann der Verkäufer, ohne daß er dem Käufer die Waare vorher angeboten zu haben braucht, auf Zahlung des Kaufpreises gegen Uebergabe der Sache, der Käufer auf Uebergabe der Sache gegen Zahlung des Kaufpreises klagen. Selbstverständlich wird man — um die Folgen des § 93 CPO. zu vermeiden — nur dann in dieser Weise prozedieren, wenn man weiß, daß der Beklagte seine Verpflichtung überhaupt bestreiten will, weil er etwa das Zustandekommen oder die Gültigkeit des Kaufes leugnet; man ist also in solchen Fällen von der lästigen und häufig mit erheblichen Kosten verbundenen Verpflichtung der Realoblation und Bereitstellung der Waare befreit (vergl. § 295).

kann jede der Parteien schlechthin die ihr zustehende Leistung einklagen, als ob es sich um eine einseitige Verpflichtung handelte oder als ob sie ihrer Verpflichtung schon nachgekommen wäre[4]).

Sache des Beklagten ist es alsdann, die Einrede des nicht erfüllten Vertrags[5]) zu erheben, d. h. sein Recht, die Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern, geltend zu machen. Thut er dies nicht, so wird er zur Bewirkung der ihm obliegenden Leistung ohne Rücksicht auf die Gegenleistung verurtheilt, gegebenen Falles durch Versäumnißurtheil[6]). Erhebt er die Einrede, so führt sie, wenn sie begründet[7]) ist, nicht etwa zur Abweisung der Klage, sondern zur Verurtheilung zur Erfüllung Zug um Zug (§ 322 Abs. 1). Bei einem Streite über Art, Inhalt oder Umfang der Gegenleistung trifft die Beweislast den Beklagten[8]). Zu beachten ist aber andererseits, daß nicht eine unbedingte Verurtheilung, sondern eine Verurtheilung zur Erfüllung Zug um Zug auch dann zu erfolgen hat, wenn der Beklagte bereits in Annahme-Verzug gekommen war, sei es, daß er die ihm angebotene Gegenleistung nicht angenommen hat, sei es, daß er sie zwar anzunehmen bereit war, aber die ihm obliegende Leistung nicht angeboten hat (§ 298). Trotz des Verzugs des einen Theiles bleibt also sein Recht, nur gegen Empfang der Gegenleistung zu leisten, unverändert bestehen[9]). Durch Sicherheitsleistung kann der Kläger die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nicht abwenden (§ 320 Abs. 1 Satz 3), vielmehr muß er die ihm obliegende Leistung thatsächlich bewirken, um die ihm gebührende Leistung zu erhalten.

2. Anders gestalten sich die Rechtsverhältnisse, wenn eine der Parteien vorzuleisten hat. Der zur Vorleistung verpflichtete Theil kann seinerseits natürlich die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nicht erheben (§ 320 Abs. 1 Satz 1). Klagt er aber selbst, so braucht er zur Begründung der Klage nicht zu behaupten, daß die Vorleistung erfolgt sei, vielmehr ist es Sache des Beklagten, zu behaupten und zu beweisen, daß Kläger vorleisten müsse. Die exceptio non impleti contractus ist auch in diesem Falle eine wahre Einrede. Hat Beklagter die Vorleistungspflicht des Klägers bewiesen, so muß dieser darthun, entweder daß er vorgeleistet hat oder daß der Beklagte im Annahme-Verzug ist. In letzterem Falle erfolgt die Verurtheilung des Beklagten zur Leistung nach Empfang der Gegenleistung (§ 322 Abs. 2). — Die Verpflichtung zur Vorleistung fällt ausnahmsweise fort, wenn nach dem Vertrags-

---

[4]) Der Verkäufer kann also auf Zahlung des Kaufpreises klagen, ohne behaupten zu müssen: Beklagter kaufte „und empfing“.

[5]) So wird diese Einrede im § 202 Abs. 2 genannt.

[6]) Also beim Kaufe zur Zahlung des Kaufpreises. Ist das Urtheil rechtskräftig geworden, so muß der Käufer zunächst zahlen, ohne daß er die Waare bekommt. Den Anspruch auf diese muß er dann durch besondere Klage geltend machen.

[7]) Dies ist an sich immer der Fall, da gegenseitige Verträge nach dem Gesetze Zug um Zug zu erfüllen sind. Sollte Kläger replizieren, daß er bereits geleistet, oder daß der Beklagte vorzuleisten habe, so trifft die Beweislast ihn (vergl. § 366 E. I, M. II S. 204).

[8]) A. M. Dernburg II § 94 unter III 2, welcher dem Kläger die Beweislast auch dann auferlegt, wenn er behauptet, daß er nur eine mindere Leistung schuldet als Beklagter beansprucht. Dies erscheint jedoch unbegründet. Dem Beklagten ist das Recht gegeben, die Leistung zu verweigern „bis zur Bewirkung der Gegenleistung“, er muß demgemäß zur Begründung seiner Einrede darthun, daß ihm eine Gegenleistung zusteht, und worin diese Gegenleistung besteht. Dem Kläger liegt dann der Beweis ob, daß er diese Gegenleistung bewirkt hat.

[9]) Daß der Annahme-Verzug grundsätzlich das Schuldverhältniß nicht alteriert, darüber s. oben § 90 Anm. 3.

abschlusse die Vermögensverhältnisse des anderen Theiles sich derart verschlechtern, daß der Anspruch auf die Gegenleistung gefährdet ist. Der zur Vorleistung Verpflichtete kann dann die Leistung so lange verweigern, bis die Gegenleistung bewirkt oder Sicherheit für sie geleistet wird. War die schlechte Vermögenslage schon zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhanden, so liegt in der Regel[10]) ein rechtlich irrelevanter Irrthum im Bewegungsgrunde vor; bei arglistiger Täuschung über die Vermögensverhältnisse unterliegt der Vertrag der Anfechtung (§ 123).

3. Ist der Beklagte zur Leistung Zug um Zug oder zur Leistung nach Empfang der Gegenleistung verurtheilt, so kann der Kläger, wenn der Beklagte im Annahme-Verzug ist, wegen der ihm gebührenden Leistung Zwangsvollstreckung ohne vorherige oder gleichzeitige Bewirkung der Gegenleistung vornehmen (§§ 322 Abs. 3, 274 Abs. 2). Hierbei ist darauf hinzuweisen, daß der Beklagte in Annahme-Verzug auch dann kommt, wenn er zwar die ihm angebotene Leistung anzunehmen bereit ist, aber die Gegenleistung nicht anbietet (§ 298)[11]).

4. Hat die Leistung an Mehrere zu erfolgen (z. B. mehrere Käufer), so kann nicht einer von ihnen die Leistung des ihm gebührenden Theiles (vergl. § 420) gegen antheilige Gegenleistung verlangen, vielmehr ist der andere Theil berechtigt, die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der ganzen Gegenleistung zu verweigern (§ 320 Abs. 1 Satz 2). Hat er jedoch vorzuleisten, so steht ihm dieses Recht nicht zu, denn wie er in diesem Falle die ganze ihm obliegende Leistung ohne Gegenleistung bewirken muß, so kann er auch die theilweise Erfüllung nicht verweigern.

5. Das Recht, die Gegenleistung und zwar vollständig zu verweigern, steht dem Verpflichteten auch dann zu, wenn die ihm gebührende Leistung qualitativ oder quantitativ unvollständig bewirkt ist. Macht Beklagter einredeweise geltend, es sei zwar seitens des Klägers geleistet, aber unvollständig, so ist es Sache des Klägers, zu beweisen, daß er die geschuldete Leistung (§ 362) bewirkt hat, daß das, was er geleistet hat, inhaltlich dem entspricht, was dem anderen Theile gebührt[12]). Eine Umkehrung der Beweislast tritt jedoch ein, wenn der Gläubiger eine ihm als Erfüllung angebotene Leistung als Erfüllung ange-

---

[10]) Vergl. Prot. I S. 632. Unter Umständen kann jedoch ein zur Anfechtung berechtigender Irrthum über Eigenschaften des Mitkontrahenten vorliegen. Vergl. Türk bei Gruchot Bd. 34 S. 549 ff.

[11]) Ueber das Vollstreckungsverfahren (§§ 726 Abs. 2, 756, 765 CPO.) s. oben § 83 Anm. 5.

[12]) Zwischen der exceptio non impleti contractus und der exceptio non rite impleti contractus besteht nach dem BGB. kein begrifflicher Unterschied; in beiden Fällen trifft, abgesehen von der Vorschrift des § 363, die Beweislast für die vollständige Erfüllung den Kläger. Zu beachten ist jedoch, daß der Beklagte bei Mangelhaftigkeit der gelieferten und als Erfüllung angenommenen Sache die exceptio non (rite) impleti contractus nur dann erheben kann, wenn Kläger zu einer Vervollständigung der Leistung verpflichtet ist. Dies wird bei einer species nur ausnahmsweise der Fall sein. Ist z. B. das gekaufte und übergebene Pferd krank, so kann der auf Zahlung des Kaufpreises belangte Käufer nicht wegen des Mangels die exceptio non impleti contractus erheben. Er kann nicht sagen: befreie erst das Pferd von dem Mangel, dann werde ich zahlen. Es steht ihm vielmehr nur das Recht der Wandelung ev., — abgesehen von Viehmängeln (§ 487) — der Minderung (§ 462), event. des Schadensersatzes (§ 463) zu; macht er von diesen Rechten Gebrauch, so hat er den Mangel zu beweisen. Bei einem genus dagegen hat der Käufer auch den Anspruch auf Lieferung mangelfreier Sachen (§ 480). Dieses Recht kann der Käufer auch mit der exceptio non impleti contractus verfolgen, d. h. er kann die Zahlung des Kaufpreises so lange verweigern, bis ihm der Verkäufer die mangelhaften Sachen gegen mangelfreie umgetauscht hat. Vergl. Prot. I S. 637.

nommen hat. Dann hat er zu beweisen, daß die Leistung qualitativ oder quantitativ der geschuldeten nicht entspricht (§ 363). Ausnahmsweise darf die Gegenleistung insoweit nicht verweigert werden, als die Verweigerung gegen Treu und Glauben verstoßen würde. Dies ist nicht nur der Fall, wenn der noch fehlende Theil verhältnißmäßig geringfügig ist, sondern insbesondere auch dann, wenn er eines längere Zeit andauernden Hindernisses wegen nicht alsbald geleistet werden kann[13]) (§ 320 Abs. 2).

§ 97. Wirkung der nachträglichen Unmöglichkeit der Leistung auf die Rechte und Pflichten des anderen Theiles[1]).

Während durch die §§ 275, 280 ff. die Wirkungen der nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Unmöglichkeit der Leistung auf die Verpflichtung des Schuldners der Leistung bestimmt sind, bestimmen die §§ 323—325, 327 die Wirkungen, welche eine solche Unmöglichkeit der Leistung bei gegenseitigen Verträgen auf die Rechte und Pflichten des anderen Theiles ausübt. Voraussetzung für die Anwendung der §§ 323 ff. ist, daß der eine Theil nach § 275 von der Verpflichtung zur Leistung frei oder nach § 280 zum Schadensersatze verpflichtet wird[2]). Dann richten sich die Rechte und Pflichten des Anderen, vorbehaltlich des § 281, nach den §§ 323 ff.

Es gilt folgendes:

I. Wenn der eine Theil von der Verpflichtung zur Leistung frei wird, weil die Leistung in Folge eines Umstandes unmöglich wird, den er nicht zu vertreten hat (§ 275), so sind zwei Fälle zu unterscheiden:

§ 323. 1. Auch der andere Theil hat diesen Umstand nicht zu vertreten. Dann wird auch er von seiner Verpflichtung frei. Der nach § 275 befreite Schuldner verliert also den Anspruch auf die Gegenleistung (§ 323 Abs. 1). Es gilt danach der Grundsatz, daß bei gegenseitigen Verträgen

---

[13]) A. hat dem B. zwei Pferde für einen Kaufpreis verkauft und ihm das eine bereits übergeben, zur Uebergabe des anderen ist er für längere Zeit außer Stande. Dem Käufer giebt das Gesetz in einem solchen Falle die Rechte der §§ 283 und 326; auf dem durch diese §§ vorgeschriebenen Wege kann er die Sache zur definitiven Erledigung bringen. Macht er aber von diesen Mitteln keinen Gebrauch, behält er vielmehr das eine Pferd und verweigert die Zahlung des ganzen Kaufpreises, so handelt er dolos; der Verkäufer kann nach § 320 Abs. 2 einen verhältnißmäßigen Theil des Kaufpreises von ihm verlangen. — Die Vorschrift des § 320 Abs. 2 kommt selbstverständlich auch zur Anwendung, wenn der fehlende Theil zugleich einen Qualitätsmangel darstellt. Die entgegengesetzte Ansicht von Cosack (I § 86 S. 301 unter c und d), die, wie seine eigenen Beispiele ergeben, zu den unhaltbarsten Resultaten führt, findet im Gesetze keine Stütze. Nach seiner Ansicht braucht, wenn A. dem B. den für 1200 Mk. verkauften Wagen ohne Laterne geliefert hat, B. solange, als A. die Laterne nicht nachliefert, gar nichts zu zahlen, mag auch die fehlende Laterne blos 10 Mk. werth sein. Hat nicht A. in diesem Falle nur „theilweise" geleistet und ist nicht die Laterne der „rückständige Theil" der Leistung? Warum soll also § 320 Abs. 2 keine Anwendung finden? Soll in diesem Falle das dolose Verhalten des B., dem das Gesetz viele Mittel giebt, um zu seinem Rechte zu gelangen (§§ 283, 326, 462, 463) gebilligt und unterstützt werden? (Vergl. M. I S. 203: die replica doli ist „im Hinblick auf die verhältnißmäßige Geringfügigkeit des quantitativen oder qualitativen Mangels zweifellos begründet", ferner Prot. I S. 630.)

[1]) Siehe die § 85 S. 332 Anm. 1 angeführten monographischen Darstellungen und Schöller, Der Schadenersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem BGB. (Gruchot Bd. 44 S. 603 ff. und Bd. 45 S. 511 ff.).

[2]) Siehe oben § 85 S. 334 ff.

der Schuldner die Gefahr bis zur Erfüllung zu tragen hat[3]). Soweit die Gegenleistung schon bewirkt ist, kann das Geleistete nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 812 ff.) zurückgefordert werden (§ 323 Abs. 3).

Wird die Leistung nur theilweise unmöglich, so bleibt der Schuldner zur Leistung des möglichen Theiles verpflichtet und berechtigt. Ein Recht zum Rücktritte vom Vertrage steht keinem Theile zu[4]). Doch wird die Gegenleistung nach Maßgabe der Vorschriften über die Minderung des Kaufpreises §§ 472, 473) herabgesetzt (§ 323 Abs. 1)[5]). Auch hier findet eine entsprechende Rückforderung der bereits bewirkten Gegenleistung statt (§ 323 Abs. 3).

Wenn der andere Theil auf Grund der Aufrechterhaltung des Vertrags[6]) Herausgabe des für den geschuldeten Gegenstand erlangten Ersatzes oder Abtretung der Ersatzansprüche verlangt (§ 281 Abs. 1), so bleibt er auch zur Gegenleistung verpflichtet. Doch mindert sich diese auch hier nach Maßgabe der §§ 472, 473, insoweit der Werth des Ersatzes hinter dem Werthe der geschuldeten Leistung zurückbleibt (§ 323 Abs. 2)[7]).

Macht der Schuldner der unmöglich gewordenen Leistung den Anspruch auf die Gegenleistung geltend, so hat der andere Theil, um seine Befreiung von der Verpflichtung zur Gegenleistung zu begründen, nur die Unmöglichkeit der Leistung des Schuldners zu beweisen. Hieraus folgt regelmäßig, daß der Schuldner den Anspruch auf die Gegenleistung verloren hat (§§ 323 Abs. 1, 325 Abs. 1 S. 3). Behauptet der Schuldner, daß der Ausnahmefall des § 324 Abs. 1. S. 1 vorliegt, so muß er beweisen, daß die Unmöglichkeit die Folge eines von dem anderen Theile zu vertretenden Umstandes ist[8]).

---

[3]) Sondervorschriften enthalten die §§ 446 ff., 552, 588, 616 ff., 644 ff.

[4]) Es ist jedoch zu beachten, daß die Unmöglichkeit eines Theiles der Leistung unter Umständen eine vollständige Unmöglichkeit begründen kann. Siehe oben § 85 S. 333 unter 3.

[5]) Die Minderung tritt hier unmittelbar ein, sie ist nicht, wie beim Kaufe, ein Anspruch und unterliegt daher auch nicht der Verjährung. Besteht die Gegenleistung nicht in Geld oder vertretbaren Sachen, so kann sie nicht herabgesetzt werden. Dann muß in analoger Anwendung des § 473 S. 2 die Theilleistung des Schuldners in Geld ergänzt werden. Dernburg II § 96 Anm. 3, Schollmeyer Anm. 2 zu § 323, Titze a. a. O. S. 168 c, Kleineidam a. a. O. S. 136—137; vergl. jedoch auch Kisch a. a. O. S. 176 ff. Dernburg a. a. O. giebt folgendes Beispiel: Auf einem Landgut im Werthe von 50 000 Mk., das gegen ein Haus vertauscht ist, brennt vor der Uebergabe der Wald ab. Das Gut ist ohne Wald nur 45 000 Mk. werth, also $^1/_{10}$ weniger. Dann erhält der Andere außer dem Landgut $^1/_{10}$ des Werthes des Hauses, also wenn das Haus 40 000 Mk. werth war, 4000 Mk.

[6]) Siehe oben § 85 S. 336 unter c.

[7]) A. verkauft an B. Pferd und Wagen für 600 Mk., die sofort gezahlt werden. Vor der festgesetzten Lieferungszeit bricht bei A. Feuer aus, bei dem Pferd und Wagen verbrennen. A. ist von seiner Verpflichtung befreit (§ 275). B. kann die 600 Mk. zurückfordern (§ 323 Abs. 1 und 3). — Wenn Pferd und Wagen mit 600 Mk. versichert waren, ihr wirklicher Werth aber 700 Mk. betrug, so wird B. Herausgabe der Versicherungssumme verlangen. Er erhält dann zunächst 600 Mk. Versicherungssumme. Da diese aber hinter dem Werthe der geschuldeten Leistung (700 Mk.) zurückbleibt, so mindert sich ferner seine Gegenleistung, und zwar in folgender Weise: 600 (Versicherungssumme): 700 (wirklicher Werth) = x : 600 (Kaufpreis). $x = 514\,^2/_7$. Seine Gegenleistung beträgt also nur noch $514\,^2/_7$ und er kann, da er bereits die vollen 600 gezahlt hat, $85\,^5/_7$ Mk. zurückfordern. — Wenn nur der Wagen verbrennt, so muß A. das Pferd liefern, und wenn dies 500 Mk., der Wagen 200 Mk. werth war, $171\,^3/_7$ Mk. zurückzahlen, da die Gegenleistung auf $428\,^4/_7$ Mk. gemindert wird (500 : 700 = x : 600).

[8]) Ueber diese Vertheilung der Beweislast herrscht in der Literatur, wenn auch unter verschiedener Begründung, fast Einstimmigkeit. Vergl. namentlich Planck Anm. 1 zu § 323, welcher insbesondere die Entstehungsgeschichte der §§ 323, 324 und das Wesen der gegen-

Bei einer theilweisen Unmöglichkeit trifft die Beweislast dafür, um welchen Betrag die Gegenleistung herabzusetzen ist, den zur Gegenleistung Verpflichteten [9]).

§ 324. 2. **Der andere Theil hat den Umstand zu vertreten, welcher die Leistung unmöglich macht.** Der Schuldner wird nicht nur von seiner Verbindlichkeit befreit (§ 275), sondern die unmöglich gewordene Leistung gilt als bewirkt und der Andere bleibt zur Gegenleistung verpflichtet. Doch kann dieser dasjenige abrechnen, was der Gegner dadurch erspart, daß er die ihm obliegende Leistung nicht zu bewirken braucht, oder was er durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder böswillig, d. h. in der Absicht, dem Anderen zu schaden, zu erwerben unterläßt (§ 324 Abs. 1) [10]). Ein Anspruch auf Schadensersatz steht dem Schuldner der unmöglich gewordenen Leistung allein auf Grund der Thatsache, daß die Unmöglichkeit auf einem von dem anderen Theile zu vertretenden Umstande beruht, nicht zu. Ein solcher Anspruch kann nur nach Maßgabe der §§ 823 ff. geltend gemacht werden.

Wird die Leistung bei einem gegenseitigen Vertrag unmöglich, **während sich der Gläubiger im Verzuge der Annahme befindet,** so behält der Schuldner den Anspruch auf die Gegenleistung nach Maßgabe des § 324 Abs. 1 auch dann, wenn der Gläubiger die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat, sofern sie nur auf einem Umstande beruht, den der Schuldner nicht zu vertreten hat (§ 324 Abs. 2, Abweichung von § 323). [11])

---

seitigen Verträge heranzieht, ferner Dernburg II § 96 Anm. 1, Oertmann Anm. 8 zu § 323, Neumann Anm. 2b zu §§ 323 ff., Titze a. a. O. S. 182. A. M. Schollmeyer Anm. 3 zu § 323. § 282 wird allerdings hier nicht angewendet werden können, da er sich nur auf den Streit über die Befreiung des Schuldners von der Verpflichtung zur Leistung bezieht (vergl. E. I § 239, der in der zweiten Lesung gebilligt wurde. Prot. I S. 317 IX). Aus den §§ 323—325 ergiebt sich aber die Befreiung von der Verpflichtung zur Gegenleistung bei der Unmöglichkeit der Leistung als Regel, das Bestehenbleiben der Verpflichtung als Ausnahme, welche als solche der Schuldner zu beweisen hat (vergl. E. I § 368 Abs. 1 und 2, § 194 Abs. 1). — A. kauft von B. einen Teppich für den Preis von 500 Mk. Vor der Uebergabe verbrennt der Teppich bei einem Feuer, welches dadurch entstanden ist, daß A. in der Wohnung des B. ein brennendes Streichholz auf den Fußboden geworfen hat. B. klagt gegen A. auf Zahlung des Kaufpreises von 500 Mk. Wendet A. nur ein, daß B. den Teppich noch nicht geliefert habe (Einrede des nicht erfüllten Vertrags), so würde dies nur die Wirkung haben, daß A. zur Zahlung gegen Lieferung des Teppichs verurtheilt wird (§ 322 Abs. 1). Will A. die Abweisung der Klage erzielen, so muß er behaupten und beweisen, daß B. nicht liefern kann, weil der Teppich verbrannt sei. Demgegenüber hat B. zu beweisen, daß der Teppich durch Schuld des A. verbrannt ist.

[9]) Vergl. Planck Anm. 3 zu § 323, Oertmann Anm. 8 zu § 323, Neumann Anm. 2b β zu § 323, Fischer-Henle Anm. 3 zu § 323.

[10]) Vergl. hierzu M. II S. 209, KB. zu § 318 E. IV und § 615 S. 2. A. wird von B. für den Neubau eines Hauses als Maurerpolier auf 3 Monate angenommen gegen einen Tagelohn von 10 Mk., für den A. noch die Verpflichtung übernimmt, das erforderliche Gerüst vorzuhalten. B. verkauft das Grundstück, sodaß er den Bau nicht mehr vornehmen kann; die von A. übernommene Leistung wird also unmöglich in Folge eines von B. zu vertretenden Umstandes. A. behält den Anspruch auf den Lohn für 3 Monate, muß sich aber dasjenige anrechnen lassen, was er dadurch erspart, daß er das Gerüst nicht vorzuhalten braucht. Wenn er vom zweiten Monat an eine andere Stellung als Polier gegen 7,50 Mk. Tagelohn annimmt, so kann er den Lohn von B. in Höhe dieses Betrags nicht fordern. Wenn er die ihm von B. angebotene anderweitige Arbeit als Maurer gegen 5 Mk. Lohn ablehnt, weil er schon seit Jahren als Polier thätig gewesen sei, so können ihm diese 5 Mk. täglich nicht gekürzt werden. Lehnt er aber eine ihm angebotene Stellung als Polier mit 7,50 Mk. Tagelohn ab mit der Bemerkung, er habe nicht nöthig zu arbeiten, er könne ein paar Monate auf Kosten des B. als Rentier leben, so handelt er böswillig und geht seines Anspruchs gegen B. in Höhe von 7,50 Mk. täglich verlustig.

[11]) „Ein vom Schuldner nicht zu vertretender Umstand" ist mit „Zufall" nicht immer gleichbedeutend (siehe oben § 84 S. 319 unter II). Beim Verzuge des Gläubigers hat der

II. Wird die Leistung in Folge eines vom Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich, sodaß der Schuldner nach § 280 zum Schadensersatze verpflichtet wird, so hat der Gläubiger ein vierfaches Wahlrecht.

1. Er kann den Anspruch auf die Leistung trotz ihrer Unmöglichkeit geltend machen.[12]) Dann ist der Schuldner zur Leistung nur gegen Bewirkung der Gegenleistung zu verurtheilen (§ 322).

2. Er kann Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen (§ 325 Abs. 1), d. h. Ersatz desjenigen, was er gehabt hätte, wenn der Vertrag ordnungsmäßig erfüllt worden wäre. Von der Verpflichtung zur Gegenleistung wird der Gläubiger ebenso wie im Falle des § 323 dadurch, daß dem Schuldner die Leistung unmöglich geworden ist, befreit.[13]) Die Gegenleistung ist nur bei der Feststellung der Höhe des Schadens zu berücksichtigen. **§ 325.**

Schuldner auch die Fahrlässigkeit nicht zu vertreten, falls nicht grobe Fahrlässigkeit vorliegt (§ 300).

[12]) Siehe oben § 85 S. 337 unter a.

[13]) Vergl. die zutreffenden Ausführungen von Staub Exkurs zu §§ 374 Anm. 20 ff. und von Schöller a. a. O., auch Cosack I § 99 unter 2, a. A. M. allerdings die meisten Bearbeiter des BGB., so Planck Anm. 1 a zu § 323, Endemann I § 124 Anm. 18, Dernburg II § 98 V, 1, Oertmann Anm. 1 a zu § 325, Schollmeyer Anm. 2 zu § 325, Fischer-Henle Anm. 3 zu § 325, Kuhlenbeck Anm. 2 zu § 325, ferner Titze a. a. O. S. 183, Kleineidam a. a. O. S. 145, Kisch a. a. O. S. 132 Anm. 24. Die entgegengesetzte Ansicht wird darauf gestützt, daß der Schadensersatz an die Stelle der Leistung trete. Wer Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordere, verlange nur eine besondere Art der Erfüllung, er sei daher auch zur vertragsmäßigen Gegenleistung verpflichtet. Dagegen ist zu bemerken: 1. Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung tritt nicht an die Stelle der unmöglich gewordenen Leistung des Schuldners, sondern an die Stelle der Erfüllung des Vertrags (von Leistung und Gegenleistung). In Folge der Nichtbewirkung der unmöglichen Leistung wird der andere Theil von der Verpflichtung zur Gegenleistung frei, der ganze Vertrag wird nicht erfüllt, an die Stelle der Erfüllung tritt der Schadensersatz wegen Nichterfüllung. 2. Es ist richtig, daß der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung ein Anspruch aus dem Vertrag ist. Aber deswegen ist er noch nicht ein Anspruch auf Erfüllung. Der Gläubiger macht ein Recht geltend, welches ihm das Gesetz auf Grund des Vertrags an Stelle des Erfüllungsanspruchs gewährt. Daraus, daß der Gläubiger dieses Recht geltend macht, kann daher nicht gefolgert werden, daß er die Gegenleistung bewirken muß, vielmehr setzt der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung den Fortfall der Verpflichtung zur Gegenleistung voraus. 3. Gerade aus dem Wesen des gegenseitigen Vertrags, auf das sich die Gegner berufen, folgt, daß, wenn die Leistung unmöglich wird, der Vertrag nie und nimmer mehr erfüllt werden kann, daß also auch die Verpflichtung zur Gegenleistung in Fortfall kommt. Immer wenn dies ausnahmsweise nicht der Fall sein soll, ist es durch eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung vorgeschrieben (vergl. §§ 323 Abs. 2, 324 Abs. 1 S. 1, 325 Abs. 1 S. 3). 4. Nach § 323 Abs. 1 verliert der Schuldner den Anspruch auf die Gegenleistung, wenn die Leistung infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes unmöglich wird. Und er sollte den Anspruch behalten, wenn er den Umstand, auf dem die Unmöglichkeit der Leistung beruht, zu vertreten hat? —

Die praktische Bedeutung der Frage zeigt sich hauptsächlich im Falle des § 326 (siehe unten § 98 Anm. 28 S. 384). Hier nur ein Beispiel. A., der Eigenthümer eines Menzelschen Bildes, vereinbart mit B., dieses Bild gegen einen dem B. gehörigen Böcklin zu vertauschen. Vor der Uebergabe der Bilder verkauft A. den Menzel zum Preise von 10000 Mk. an C., so daß die ihm obliegende Leistung durch einen Umstand, den er zu vertreten hat, unmöglich geworden ist. Nach der hier vertretenen Ansicht kann dann B. von A., wenn der Böcklin einen Werth von 7500 Mk. hat, 2500 Mk. als Schadensersatz fordern. Dem A. stehen irgend welche Ansprüche gegen B. nicht zu. Nach der gegnerischen Ansicht bleibt B. zur Lieferung des Böcklin an A. verpflichtet. A. könnte den Böcklin gegen Zahlung von 10000 Mk. verlangen. Gegen die Klage des B. auf Zahlung von 2500 Mk. könnte A. den Einwand des nicht erfüllten Vertrags erheben. Dann wäre B. genöthigt, die Klage auf Zahlung von 10000 Mk. zu erhöhen und A. würde zur Zahlung nur gegen Uebergabe des Böcklin verurtheilt (§ 322). B., der seinen Böcklin nicht verkaufen, sondern ihn nur gegen einen Menzel hergeben wollte, könnte also auf diese Weise gleichsam zum Verkaufe

Bei einer theilweisen Unmöglichkeit trifft die Beweislast dafür, um welchen Betrag die Gegenleistung herabzusetzen ist, den zur Gegenleistung Verpflichteten [9]).

§ 324. 2. Der andere Theil hat den Umstand zu vertreten, welcher die Leistung unmöglich macht. Der Schuldner wird nicht nur von seiner Verbindlichkeit befreit (§ 275), sondern die unmöglich gewordene Leistung gilt als bewirkt und der Andere bleibt zur Gegenleistung verpflichtet. Doch kann dieser dasjenige abrechnen, was der Gegner dadurch erspart, daß er die ihm obliegende Leistung nicht zu bewirken braucht, oder was er durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder böswillig, d. h. in der Absicht, dem Anderen zu schaden, zu erwerben unterläßt (§ 324 Abs. 1) [10]). Ein Anspruch auf Schadensersatz steht dem Schuldner der unmöglich gewordenen Leistung allein auf Grund der Thatsache, daß die Unmöglichkeit auf einem von dem anderen Theile zu vertretenden Umstande beruht, nicht zu. Ein solcher Anspruch kann nur nach Maßgabe der §§ 823 ff. geltend gemacht werden.

Wird die Leistung bei einem gegenseitigen Vertrag unmöglich, während sich der Gläubiger im Verzuge der Annahme befindet, so behält der Schuldner den Anspruch auf die Gegenleistung nach Maßgabe des § 324 Abs. 1 auch dann, wenn der Gläubiger die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat, sofern sie nur auf einem Umstande beruht, den der Schuldner nicht zu vertreten hat (§ 324 Abs. 2, Abweichung von § 323). [11])

---

seitigen Verträge heranzieht, ferner Dernburg II § 96 Anm. 1, Oertmann Anm. 8 zu § 323, Neumann Anm. 2b zu §§ 323 ff., Titze a. a. O. S. 182. A. M. Schollmeyer Anm. 3 zu § 323. § 282 wird allerdings hier nicht angewendet werden können, da er sich nur auf den Streit über die Befreiung des Schuldners von der Verpflichtung zur Leistung bezieht (vergl. E. I § 239, der in der zweiten Lesung gebilligt wurde. Prot. I S. 317 IX). Aus den §§ 323—325 ergiebt sich aber die Befreiung von der Verpflichtung zur Gegenleistung bei der Unmöglichkeit der Leistung als Regel, das Bestehenbleiben der Verpflichtung als Ausnahme, welche als solche der Schuldner zu beweisen hat (vergl. E. I § 368 Abs. 1 und 2, § 194 Abs. 1). — A. kauft von B. einen Teppich für den Preis von 500 Mk. Vor der Uebergabe verbrennt der Teppich bei einem Feuer, welches dadurch entstanden ist, daß A. in der Wohnung des B. ein brennendes Streichholz auf den Fußboden geworfen hat. B. klagt gegen A. auf Zahlung des Kaufpreises von 500 Mk. Wendet A. nur ein, daß B. den Teppich noch nicht geliefert habe (Einrede des nicht erfüllten Vertrags), so würde dies nur die Wirkung haben, daß A. zur Zahlung gegen Lieferung des Teppichs verurtheilt wird (§ 322 Abs. 1). Will A. die Abweisung der Klage erzielen, so muß er behaupten und beweisen, daß B. nicht liefern kann, weil der Teppich verbrannt sei. Demgegenüber hat B. zu beweisen, daß der Teppich durch Schuld des A. verbrannt ist.

[9]) Vergl. Planck Anm. 3 zu § 323, Oertmann Anm. 8 zu § 323, Neumann Anm. 2bβ zu § 323, Fischer-Henle Anm. 3 zu § 323.

[10]) Vergl. hierzu M. II S. 209, KB. zu § 318 E. IV und § 615 S. 2. A. wird von B. für den Neubau eines Hauses als Maurerpolier auf 3 Monate angenommen gegen einen Tagelohn von 10 Mk., für den A. noch die Verpflichtung übernimmt, das erforderliche Gerüst vorzuhalten. B. verkauft das Grundstück, sodaß er den Bau nicht mehr vornehmen kann; die von A. übernommene Leistung wird also unmöglich in Folge eines von B. zu vertretenden Umstandes. A. behält den Anspruch auf den Lohn für 3 Monate, muß sich aber dasjenige anrechnen lassen, was er dadurch erspart, daß er das Gerüst nicht vorzuhalten braucht. Wenn er vom zweiten Monat an eine andere Stellung als Polier gegen 7,50 Mk. Tagelohn annimmt, so kann er den Lohn von B. in Höhe dieses Betrags nicht fordern. Wenn er die ihm von B. angebotene anderweitige Arbeit als Maurer gegen 5 Mk. Lohn ablehnt, weil er schon seit Jahren als Polier thätig gewesen sei, so können ihm diese 5 Mk. täglich nicht gekürzt werden. Lehnt er aber eine ihm angebotene Stellung als Polier mit 7,50 Mk. Tagelohn ab mit der Bemerkung, er habe nicht nöthig zu arbeiten, er könne ein paar Monate auf Kosten des B. als Rentier leben, so handelt er böswillig und geht seines Anspruchs gegen B. in Höhe von 7,50 Mk. täglich verlustig.

[11]) „Ein vom Schuldner nicht zu vertretender Umstand" ist mit „Zufall" nicht immer gleichbedeutend (siehe oben § 84 S. 319 unter II). Beim Verzuge des Gläubigers hat der

II. **Wird die Leistung in Folge eines vom Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich**, sodaß der Schuldner nach § 280 zum Schadensersatze verpflichtet wird, so hat der Gläubiger ein vierfaches Wahlrecht.

1. Er kann den Anspruch auf die Leistung trotz ihrer Unmöglichkeit geltend machen.[12] Dann ist der Schuldner zur Leistung nur gegen Bewirkung der Gegenleistung zu verurtheilen (§ 322).

2. Er kann Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen (§ 325 Abs. 1), d. h. Ersatz desjenigen, was er gehabt hätte, wenn der Vertrag ordnungsmäßig erfüllt worden wäre. Von der Verpflichtung zur Gegenleistung wird der Gläubiger ebenso wie im Falle des § 323 dadurch, daß dem Schuldner die Leistung unmöglich geworden ist, befreit.[13] Die Gegenleistung ist nur bei der Feststellung der Höhe des Schadens zu berücksichtigen. **§ 325.**

Schuldner auch die Fahrlässigkeit nicht zu vertreten, falls nicht grobe Fahrlässigkeit vorliegt (§ 300).

[12]) Siehe oben § 85 S. 337 unter a.

[13]) Vergl. die zutreffenden Ausführungen von Staub Exkurs zu §§ 374 Anm. 20 ff. und von Schöller a. a. O., auch Cosack I § 99 unter 2, a. A. M. allerdings die meisten Bearbeiter des BGB., so Planck Anm. 1 a zu § 323, Endemann I § 124 Anm. 18, Dernburg II § 98 V, 1, Oertmann Anm. 1 a zu § 325, Schollmeyer Anm. 2 zu § 325, Fischer-Henle Anm. 3 zu § 325, Kuhlenbeck Anm. 2 zu § 325, ferner Titze a. a. O. S. 183, Kleineidam a. a. O. S. 145, Kisch a. a. O. S. 132 Anm. 24. Die entgegengesetzte Ansicht wird darauf gestützt, daß der Schadensersatz an die Stelle der Leistung trete. Wer Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordere, verlange nur eine besondere Art der Erfüllung, er sei daher auch zur vertragsmäßigen Gegenleistung verpflichtet. Dagegen ist zu bemerken: 1. Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung tritt nicht an die Stelle der unmöglich gewordenen Leistung des Schuldners, sondern an die Stelle der Erfüllung des Vertrags (von Leistung und Gegenleistung). In Folge der Nichtbewirkung der unmöglichen Leistung wird der andere Theil von der Verpflichtung zur Gegenleistung frei, der ganze Vertrag wird nicht erfüllt, an die Stelle der Erfüllung tritt der Schadensersatz wegen Nichterfüllung. 2. Es ist richtig, daß der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung ein Anspruch aus dem Vertrag ist. Aber deswegen ist er noch nicht ein Anspruch auf Erfüllung. Der Gläubiger macht ein Recht geltend, welches ihm das Gesetz auf Grund des Vertrags an Stelle des Erfüllungsanspruchs gewährt. Daraus, daß der Gläubiger dieses Recht geltend macht, kann daher nicht gefolgert werden, daß er die Gegenleistung bewirken muß, vielmehr setzt der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung den Fortfall der Verpflichtung zur Gegenleistung voraus. 3. Gerade aus dem Wesen des gegenseitigen Vertrags, auf das sich die Gegner berufen, folgt, daß, wenn die Leistung unmöglich wird, der Vertrag nie und nimmer mehr erfüllt werden kann, daß also auch die Verpflichtung zur Gegenleistung in Fortfall kommt. Immer wenn dies ausnahmsweise nicht der Fall sein soll, ist es durch eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung vorgeschrieben (vergl. §§ 323 Abs. 2, 324 Abs. 1 S. 1, 325 Abs. 1 S. 3). 4. Nach § 323 Abs. 1 verliert der Schuldner den Anspruch auf die Gegenleistung, wenn die Leistung infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes unmöglich wird. Und er sollte den Anspruch behalten, wenn er den Umstand, auf dem die Unmöglichkeit der Leistung beruht, zu vertreten hat? —

Die praktische Bedeutung der Frage zeigt sich hauptsächlich im Falle des § 326 (siehe unten § 98 Anm. 28 S. 384). Hier nur ein Beispiel. A., der Eigenthümer eines Menzelschen Bildes, vereinbart mit B., dieses Bild gegen einen dem B. gehörigen Böcklin zu vertauschen. Vor der Uebergabe der Bilder verkauft A. den Menzel zum Preise von 10000 Mk. an C., so daß die ihm obliegende Leistung durch einen Umstand, den er zu vertreten hat, unmöglich geworden ist. Nach der hier vertretenen Ansicht kann dann B. von A., wenn der Böcklin einen Werth von 7500 Mk. hat, 2500 Mk. als Schadensersatz fordern. Dem A. stehen irgend welche Ansprüche gegen B. nicht zu. Nach der gegnerischen Ansicht bleibt B. zur Lieferung des Böcklin an A. verpflichtet. A. könnte den Böcklin gegen Zahlung von 10000 Mk. verlangen. Gegen die Klage des B. auf Zahlung von 2500 Mk. könnte A. den Einwand des nicht erfüllten Vertrags erheben. Dann wäre B. genöthigt, die Klage auf Zahlung von 10000 Mk. zu erhöhen und A. würde zur Zahlung nur gegen Uebergabe des Böcklin verurtheilt (§ 322). B., der seinen Böcklin nicht verkaufen, sondern ihn nur gegen einen Menzel hergeben wollte, könnte also auf diese Weise gleichsam zum Verkaufe

Neben dem Schadensersatzanspruche kann der Gläubiger Herausgabe des Ersatzes oder Abtretung des Ersatzanspruchs fordern, muß sich aber deren Werth auf die Entschädigung anrechnen lassen (§ 281).[14]

3. Er kann den Fall behandeln, als wäre die Unmöglichkeit die Folge eines von keinem Theile zu vertretenden Umstandes (§ 325 Abs. 1 S. 3). Er kann also die Gegenleistung verweigern und das bereits Geleistete zurückfordern (§ 323 Abs. 1, 3). Er kann aber auch in diesem Falle Herausgabe des Ersatzes oder Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen; dann bleibt er zur Gegenleistung nach Maßgabe des § 323 Abs. 2 verpflichtet.[15]

§ 327. 4. Endlich kann er vom Vertrage zurücktreten.[16] Auf dieses Rücktrittsrecht finden die Vorschriften über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht (§§ 346 bis 356) entsprechende Anwendung (§ 327 S. 1). Der Schuldner kann dem Gläubiger eine Frist bestimmen, vor deren Ablauf er von dem Rücktrittsrechte zur Vermeidung des Erlöschens Gebrauch machen muß (§ 355). Erfolgt der Rücktritt, so müssen die Parteien in die Lage versetzt werden, als ob der Vertrag nicht geschlossen wäre (§ 346). Danach kann neben dem Rücktrittsrechte weder ein Schadensersatzanspruch geltend gemacht noch auch Herausgabe des Ersatzes verlangt werden, da beide das Bestehen des Vertrags voraussetzen.[17]

Wird die Leistung nur theilweise unmöglich, so kann auch hier der Gläubiger

a) Leistung des möglichen Theiles fordern und wegen des unmöglichen Theiles die Rechte zu 1—4 geltend machen. Verweigert er die Gegenleistung wegen des unmöglichen Theiles (Nr. 3), so mindert sie sich nach den §§ 472, 473.[18] Auch ein theilweises Rücktrittsrecht (Nr. 4) steht dem Gläubiger zu.[19]

b) Der Gläubiger kann aber auch, wenn die theilweise Erfüllung des Vertrags[20] kein Interesse für ihn hat, die Rechte zu 2—4 in Ansehung des ganzen Vertrags geltend machen, d. h. er kann Schadensersatz wegen Nichterfüllung der

---

des Bildes gezwungen werden. Will er dies vermeiden und wählt er deshalb den Rücktritt vom Vertrage, so verliert er jeden Anspruch auf Schadensersatz. Ebensowenig könnte ihn die Geltendmachung des Rechtes aus § 323 zum Ziele führen.

[14] Siehe oben § 85 S. 338 unter c.

[15] Siehe oben S. 375.

[16] Eine Ausnahme bestimmt Preuß. AG. Art. 15 § 7 beim Leibgedingsvertrage.

[17] Der Anspruch zu 2 des Textes unterscheidet sich von dem zu 3 dadurch, daß ersteren Falles ein Schaden nachgewiesen werden muß, während dies letzteren Falles für den Anspruch auf den Ersatz nicht erforderlich ist. In der Möglichkeit, Herausgabe des Ersatzes zu verlangen, ohne einen Schadensersatzanspruch geltend zu machen, liegt die eigentliche Bedeutung der Anwendung des § 323 auf den Fall des § 325. Es ist deshalb irreführend, das Recht, die Gegenleistung zu verweigern (§ 323 Abs. 1), und das Recht, die Herausgabe des Ersatzes zu verlangen (§ 323 Abs. 2), für den Fall des § 325 als gesonderte wahlweise zur Verfügung stehende Berechtigungen zu behandeln (Stammler, das Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1897 S. 120—121). Das bloße Recht, die Gegenleistung zu verweigern, hat hier keinen praktischen Werth, da in diesem Falle das Rücktrittsrecht für den Schuldner vortheilhafter ist. Ein den Betrag des Ersatzes übersteigender Schade kann nur im Wege des Schadensersatzanspruchs geltend gemacht werden. — Zwischen den Ansprüchen 3 und 4 besteht der erhebliche Unterschied, daß nur im ersteren Falle Herausgabe des Ersatzes verlangt werden kann. Auch haftet der Empfänger der Gegenleistung im Falle 3 nur nach den Vorschriften über die Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung (§ 325 Abs. 1 S. 3, 323 Abs. 3), im Falle 4 nach den §§ 346—348. Vergl. auch Planck Anm. 1, c zu § 325.

[18] Siehe oben S. 375.

[19] Vergl. hierzu Stammler a. a. O. S. 130—131, S. 143 Anm. 4.

[20] Die theilweise Erfüllung des Vertrags (Leistung gegen Gegenleistung, siehe Anm. 13) darf für den Gläubiger kein Interesse haben, nicht die theilweise Leistung. Vergl. Planck Anm. 3, e zu § 325, Schollmeyer Anm. 7 zu § 325.

ganzen Verbindlichkeit nach § 280 Abs. 2 verlangen, er kann den Fall behandeln, als wäre die ganze Leistung in Folge eines von keinem Theile zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden (Nr. 3) oder er kann von dem ganzen Vertrage zurücktreten (§ 325 Abs. 1 S. 2 und 3). Im Einzelnen gilt das unter 1—4 und S. 338 unter β Gesagte[21]).

Ueber die Wahl zwischen den verschiedenen dem Gläubiger zustehenden Rechten sind besondere Bestimmungen nicht getroffen. Fordert der Gläubiger zunächst die Leistung, so wird dadurch die Geltendmachung der ihm nach § 325 zustehenden Rechte nicht berührt. Erklärt er, daß er eines dieser Rechte geltend mache, so ist diese Willenserklärung, wie regelmäßig eine jede, unwiderruflich. Die Geltendmachung der anderen Rechte ist damit ausgeschlossen. — Der Schuldner kann nur nach Maßgabe des § 355 eine Gewißheit darüber herbeiführen, ob der Gläubiger das Rücktrittsrecht ausüben will (§ 327). Zu einer Wahl in Ansehung der anderen Rechte kann er den Gläubiger nur dadurch nöthigen, daß er ihn auf die Gegenleistung verklagt[22]).

§ 325 Abs. 2

III. Auch bei gegenseitigen Verträgen findet die Vorschrift des § 283 Anwendung. Die Rechte des Gläubigers für den Fall, daß die Leistung nach Bestimmung der Frist nicht rechtzeitig bewirkt wird, richten sich hier nach § 325 Abs. 1 (§ 325 Abs. 2), d. h. der Gläubiger hat die Wahl zwischen Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt vom Vertrage[23]) [24]).

---

[21]) A. will für die 4 Nieschen eines Saales 4 Marmorfiguren (Pendants) erwerben und theilt dies dem B. mit. B. kauft daraufhin von dem Bildhauer C. 4 Figuren, die 4 Jahreszeiten darstellend, für 20000 Mk., von denen er 10000 Mk. anzahlt, und verkauft die Figuren an A. für 30000 Mk. C. hat die Figuren in einem unverschlossenen und unbeaufsichtigten Schuppen stehen. D., der mit C. verfeindet ist, dringt, während B. sich im Annahmeverzuge befindet, in den Schuppen ein und zertrümmert zwei Figuren. Die Leistung ist für C. theilweise unmöglich und zwar in Folge einer groben Fahrlässigkeit. B. weist nach, daß die Lieferung der zwei erhalten gebliebenen Figuren für ihn kein Interesse hat, was im vorliegenden Falle ohne weiteres aus den Umständen hervorgeht. Er verlangt Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit. Dann erhält er die angezahlten 10000 Mk. zurück und 10000 Mk. entgangenen Gewinn. Wenn C. an D. einen Ersatzanspruch in Höhe von 15000 Mk. hat, der aber wegen der zweifelhaften Zahlungsfähigkeit des D. nur 5000 Mk. werth ist, so erhält B., falls er Abtretung des Ersatzanspruchs verlangt, als Schadensersatz Abtretung des Anspruchs an D. und 5000 Mk. baar. Ist D. in voller Höhe zahlungsfähig, so kann B. Abtretung des Anspruchs an D. in Höhe von 10000 Mk. als Schadensersatz fordern. — B. kann auch statt des Schadensersatzes nur Abtretung des Ersatzanspruchs an D. fordern, dann ist er zu der nach § 323 Abs. 2 geminderten Gegenleistung verpflichtet. Dieselbe beträgt (15000 : 30000 = x : 20000) 10000 Mk. C. behält also die angezahlten 10000 Mk. und B. erhält 15000 Mk. von D., sodaß B. 5000 Mk. gewinnt. Im gegebenen Falle wird er von diesem Rechte keinen Gebrauch machen, da die Schadensersatzforderung für ihn vortheilhafter ist. Hätte er aber z. B. die Figuren noch nicht weiter verkauft, so wird er unter Umständen dieses Recht wählen, um einem schwierigen Schadensnachweise zu entgehen. — Endlich kann B. vom Vertrage zurücktreten. Dann erhält er die angezahlten 10000 Mk. zurück, kann aber irgend welche weiteren Ansprüche nicht geltend machen. B. würde das Rücktrittsrecht wählen, wenn er z. B. die Figuren zu theuer bezahlt hätte. — B. muß die Unmöglichkeit der Leistung dem A. gegenüber gleichfalls vertreten, weil sie eine Folge seines Annahmeverzugs dem C. gegenüber ist. Wenn sich nun aber A. bereit erklärt, die beiden erhalten gebliebenen Figuren für 15000 Mk. abzunehmen, so ist auch B. zur Annahme von C. verpflichtet. Er kann dann nur wegen der beiden zerstörten Figuren Schadensersatz von C. fordern oder Herausgabe des Ersatzes verlangen oder vom Vertrage zurücktreten.

[22]) Vergl. hierzu (theilweise abweichend) Planck Anm. 2 zu § 325, Schollmeyer Anm. 5 zu § 325, Oertmann Anm. 2 zu § 325, Titze a. a. O. S. 156, Kleineidam a. a. O. S. 150 ff., Kisch a. a. O. S. 154 ff., Schöller bei Gruchot Bd. 45 S. 524 ff.

[23]) Auf die Klage des A. wird B. verurtheilt, dem A. innerhalb einer Woche nach Rechtskraft des Urtheils zur Vermeidung des Ausschlusses des Erfüllungsanspruchs die an ihn verkaufte goldene Uhr und Kette zu liefern. B. liefert vor Ablauf der Frist nur die

§ 98. Wirkung des Verzugs bei gegenseitigen Verträgen.

Während die §§ 286 ff. die Folgen des Verzugs für alle Schuldverhältnisse ordnen, bestimmen die §§ 326, 327 die besonderen Wirkungen, welche der Verzug bei gegenseitigen Verträgen auf den Inhalt des Schuldverhältnisses ausübt [1]). Auch bei diesen gilt der Grundsatz, daß der Verzug des einen Theiles den Anderen nicht ohne weiteres berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrage zurückzutreten, daß der andere Theil vielmehr zunächst nur Erfüllung und Schadensersatz wegen der verzögerten Erfüllung fordern kann (§ 286 Abs. 1) [2]). Doch gelten bei gegenseitigen Verträgen folgende Ausnahmen von diesem Grundsatze.

§ 326 Abs. 1. I. In Anlehnung an die Bestimmungen des früheren HGB. über den Handelskauf (HGB. Artt. 354—356) ist bei allen gegenseitigen Verträgen im Falle des Verzugs der einen Partei der anderen das Recht gewährt, nach fruchtlosem Ablauf einer von ihr zu bestimmenden angemessenen Nachfrist Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrage zurückzutreten (§ 326 Abs. 1). Nach dem BGB. steht also das dreifache Wahlrecht, das früher beim Handelskaufe gegeben war, dem nicht säumigen Theile bei allen gegenseitigen Verträgen zu: Er hat die Wahl zwischen nachträglicher Erfüllung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung (§ 286 Abs. 1), Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt vom Vertrage (§§ 286 Abs. 2, 326 Abs. 1).

Im Einzelnen ist hierzu zu bemerken:

1. Der Anspruch auf nachträgliche Erfüllung steht dem nicht säumigen Theile unmittelbar auf Grund des Vertrags zu [3]). Wenn er beim Verzuge des Anderen zunächst die nachträgliche Erfüllung verlangt, so kann er doch hiervon wieder abgehen und nach Maßgabe des § 326 Abs. 1 eines der anderen Rechte geltend machen, denn diese stehen ihm zu, so lange der Andere mit der ihm obliegenden Leistung im Verzug ist. Selbst wenn bereits auf Erfüllung Klage erhoben war, können die Rechte aus § 326 Abs. 1 ausgeübt werden [4]). An eine bestimmte Frist ist die Geltendmachung des Anspruchs auf Erfüllung, abgesehen von der Verjährung und dem unter 2 dargestellten Falle, nicht gebunden. Doch ist bei erheblicher Verzögerung der Geltendmachung der Erfüllungsanspruch ausgeschlossen, wenn bei einer Auslegung des Vertrags, wie sie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern (§ 157), die Leistung zur Zeit der

---

Uhr. Da A. sich nicht erklärt, so fordert ihn B. auf, nunmehr binnen einer Woche zu erklären, ob er von dem Vertrage ganz oder wegen der Kette zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrags fordern wolle (§§ 325 Abs. 2, Abs. 1, 280 Abs. 2). Wenn A. auch jetzt eine Erklärung nicht abgiebt, so steht ihm nur noch der Schadensersatzanspruch wegen Nichtlieferung der Kette zu. — Hatte B. auf Zahlung des nicht gestundeten Kaufpreises für die bereits gelieferte Uhr und Kette geklagt, so kann er, wenn A. nach rechtskräftiger Verurtheilung zur Zahlung und nach Bestimmung einer Frist nicht rechtzeitig zahlt, vom Vertrage zurücktreten und Rückgabe der Uhr und Kette verlangen.

[24]) Dem Käufer steht das Rücktrittsrecht nicht zu, wenn er den Vertrag erfüllt und den Kaufpreis gestundet hat (§ 454).

[1]) Siehe oben § 87 Anm. 9 S. 345.

[2]) Siehe oben § 87 S. 344 unter 2.

[3]) Vergl. hierzu Staub Exkurs zu § 374 HGB. Anm. 68.

[4]) Es findet dann CPO. § 268 Nr. 3 Anwendung. Ueber die gleichen Rechte des Gläubigers nach rechtskräftiger Verurtheilung des Schuldners siehe oben § 85 unter VI S. 339 und § 97 unter III S. 379.

Geltendmachung des Anspruchs nicht mehr als von den Parteien vereinbart angesehen werden kann [5]).

2. Will der nicht säumige Theil Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrage zurücktreten, so muß er dem Säumigen zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist bestimmen mit der Erklärung, daß er nach Ablauf der Frist die Leistung ablehne (§ 326 Abs. 1 S. 1) [6]).

a) Voraussetzung für den Schadensersatzanspruch und das Rücktrittsrecht ist hiernach,

α) daß sich der eine Theil mit der ihm obliegenden Leistung im Verzuge befindet (§§ 284, 285) [7]). So lange der Verzug noch nicht eingetreten ist, kann eine Frist mit der im § 326 bestimmten Wirkung nicht gesetzt werden [8]). Gleichgültig ist es, welcher Theil der säumige ist und ob der andere Theil seinerseits bereits geleistet hat oder nicht. Bei allen gegenseitigen Verträgen stehen jedem Theile im Falle des Verzugs des anderen die Rechte aus § 326 zu, so z. B. beim Kaufe sowohl dem Käufer, wenn der Verkäufer mit der Uebergabe der Sache im Verzug ist, wie dem Verkäufer beim Zahlungsverzuge des Käufers, und zwar letzteren Falles ohne Rücksicht darauf, ob die Sache bereits übergeben ist oder nicht [9]).

β) daß der nicht säumige Theil dem Säumigen eine angemessene Frist bestimmt mit der Erklärung, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne (§ 326 Abs. 1 S. 1). Die Fristbestimmung bildet eine Voraussetzung des Schadensersatzanspruchs und des Rücktrittsrechts des nicht säumigen Theiles. Dem Säumigen steht ein Anspruch auf Gewährung einer Nachfrist nicht zu [10]).

Es bedarf der Fristbestimmung in allen Fällen, um den Schadensersatzanspruch und das Rücktrittsrecht zur Entstehung zu bringen, es sei denn, daß der Fall des § 326 Abs. 2 vorliegt oder daß die Parteien vor oder nach dem Eintritte des Verzugs vereinbart haben, daß dem nichtsäumigen Theile die Rechte aus § 326 Abs. 1 S. 2 ohne vorhergehende Frist-

---

[5]) Vergl. Cosack I § 123 unter III, 2 d, Dernburg II § 98 Anm. 2, Staub Exkurs zu § 374 Anm. 85 und 129. — A. kauft im September 1901 von B. 10 000 Stück Preßkohlen, lieferbar im October 1901. B. kommt mit der Lieferung in Verzug. Wenn A. im Januar 1902, nachdem die Kohlenpreise erheblich gestiegen sind, Lieferung verlangt, so ist B. zur Lieferung verpflichtet. Dagegen würde A. im Winter 1906 Lieferung nicht mehr beanspruchen können. — Eine Sondervorschrift enthält HGB. § 376 Abs. 1 S. 2.

[6]) Darüber, daß der Gläubiger die Rechte aus § 326 Abs. 1 ohne Fristbestimmung ausüben kann, wenn die Erfüllung in Folge des Verzugs kein Interesse für ihn hat (§ 326 Abs. 2), siehe unter II des Textes S. 385.

[7]) Siehe hierüber oben § 86 S. 340 ff.

[8]) A. M. Dernburg II § 98 IV, 3, Cosack I § 123 III, 1 a. Vergl. dagegen Staub Exkurs zu § 374 Anm. 84. Zulässig ist es, die Fristbestimmung mit der Inverzugsetzung zu verbinden (Staub a. a. O. Anm. 83). „Ich ersuche Sie, mir die am 1. October zur baldigen Lieferung bestellten 10 000 Preßkohlen nunmehr zu liefern (§ 284 Abs. 1 S. 1). Falls die Lieferung nicht bis zum 5. November erfolgt, nehme ich die Preßkohlen nicht mehr ab (§ 326 Abs. 1 S. 1)."

[9]) Anders HGB. Art. 354. Es ist zu beachten, daß die Vorschriften des § 326 auch auf dem Gebiete des Handelsrechts, insbesondere auch beim Handelskaufe, zur Anwendung kommen. — Ueber die Sonderbestimmung des § 454 BGB. siehe unten Anm. 21 S. 383.

[10]) Der im Verzuge befindliche Theil kann und braucht die Bestimmung einer Frist nicht zu verlangen. So lange eine solche nicht bestimmt und abgelaufen ist, ist der nicht säumige Theil, wenn nicht der Fall des Abs. 2 des § 326 vorliegt, zur Annahme der Leistung verpflichtet. Vergl. aber Anm. 5.

bestimmung zustehen sollen [11]). Eine solche ist grundsätzlich auch dann erforderlich, wenn der Säumige sich vor oder nach dem Eintritte der Fälligkeit bestimmt geweigert hat, die Leistung zu bewirken [12]). Daß die Fristbestimmung eine gewisse Zeit nach dem Eintritte des Verzugs erfolgen müsse, ist nicht vorgeschrieben. So lange dem nichtsäumigen Theile der Anspruch auf Erfüllung zusteht, so lange kann er dem Säumigen eine Frist gemäß § 326 Abs. 1 bestimmen [13]).

Die Fristbestimmung muß eine ausdrückliche sein, sie kann nicht als stillschweigende Willenserklärung aus irgend welchen anderen Handlungen oder Unterlassungen des nichtsäumigen Theiles gefolgert werden [14]). Insbesondere liegt eine Fristbestimmung nicht in der Erklärung des nichtsäumigen Theiles gegenüber dem Säumigen, daß er von der Erfüllung abstehe [15]), oder gar in der Weigerung des nichtsäumigen Theiles, eine Frist zu bestimmen [16]). — Die Frist

---

[11]) Staub Exkurs zu § 374 Anm. 93.

[12]) Vergl. hierzu die zutreffenden Ausführungen von Staub a. a. O. Anm. 75 gegen Denkschrift zum E. eines HGB. (Berlin, Carl Heymanns Verlag) S. 463—464. Durch die bloße Erklärung, er werde keinesfalls leisten, kommt der Schuldner regelmäßig nicht in Verzug, mag die Erklärung vor oder nach der Fälligkeit erfolgen. Um ihn in Verzug zu setzen, muß eine Mahnung des Gläubigers nach Eintritt der Fälligkeit hinzukommen (§ 284 Abs. 1, siehe oben § 86 S. 341 unter 2). Ist der Schuldner aber noch nicht im Verzuge, so fehlt trotz der bestimmten Weigerung des Schuldners die erste Voraussetzung für den Schadensersatzanspruch und das Rücktrittsrecht des anderen Theiles (siehe im Texte unter *a*). Wenn der Schuldner vor Eintritt der Fälligkeit erklärt hatte, er werde nicht leisten, trotzdem aber bei Eintritt der Fälligkeit die Leistung pünktlich bewirkt, so kommt er nicht in Verzug, sodaß eine Anwendung des § 326 ausgeschlossen ist. Aber auch wenn der Schuldner in Verzug geräth, ist trotz der vorhergegangenen oder nachfolgenden Weigerung eine Fristbestimmung erforderlich, da § 326 Abs. 1 eine Ausnahme für diesen Fall nicht vorschreibt (A. M. Riedner in der DJZ. 1901 Nr. 20 S. 443 ff.). Die Rechtslage kann sich aber dadurch ändern, daß der nichtsäumige Theil auf Grund der bestimmten Weigerung des Schuldners eine die Sachlage verändernde Handlung vorgenommen, daß z. B. der Käufer sich anderweit gedeckt hat (vergl. Staub a. a. O. Anm. 76). Kommt der Schuldner hier in Verzug, so liegt der Fall des § 326 Abs. 2 vor. Der nichtsäumige Theil kann die Annahme der Leistung ohne vorherige Fristbestimmung ablehnen, da in Folge des Verzugs die Erfüllung des Vertrags kein Interesse mehr für ihn hat (siehe unten Anm. 37 S. 386). Leistet der Schuldner trotz seiner früheren Weigerung pünktlich, geräth er also nicht in Verzug, so ist der Gläubiger zur Annahme der Leistung verpflichtet, auch wenn er sich z. B. in Folge der früheren Erklärung des Schuldners anderweit gedeckt hatte. Auch ein Schadensersatzanspruch ist ihm in diesem Falle nicht gegeben (a. M. Staub a. a. O.). § 326 Abs. 2 kann nicht zur Anwendung kommen, weil das mangelnde Interesse des Gläubigers an der Erfüllung des Vertrags keine Folge eines Verzugs ist.

[13]) Siehe oben bei Anm. 5.

[14]) Dies folgt aus der Natur der Fristbestimmung. Der Gebrauch bestimmter Worte („ich bestimme eine Frist bis zu . . .“) ist nicht vorgeschrieben. „Falls Sie mir die bestellte Waare nicht bis zum 4. October liefern, nehme ich sie nicht mehr ab,“ ist z. B. eine ausdrückliche Fristbestimmung.

[15]) Dies nimmt Dernburg II § 98 IV, 1 gemäß der früheren Rechtsprechung zu Artt. 354 ff. HGB. an. Aber Art. 326 Abs. 1 schreibt das Gegentheil vor. Die Erklärung des nichtsäumigen Theiles, er stehe von der Erfüllung ab, ist ohne jede Wirkung, so lange nicht eine Nachfrist bestimmt und diese abgelaufen ist. Siehe oben Anm. 10 und Staub a. a. O. Anm. 74.

[16]) So Cosack I § 123 III, 2, c, γ. Mit der Verweigerung der Frist soll von Rechtswegen der Lauf einer angemessenen Nachfrist beginnen. Diese Ansicht beruht auf der irrigen Meinung, daß der Säumige einen Anspruch auf die Fristbestimmung habe (siehe oben bei Anm. 10), und übersieht, daß auf diese Weise der nichtsäumige Theil gegen seinen Willen mit dem Erfüllungsanspruch ausgeschlossen werden würde. Wer die Fristbestimmung verweigert, erklärt gerade damit, daß er nicht auf Schadensersatzanspruch und Rücktrittsrecht beschränkt werden, sondern sich den Erfüllungsanspruch noch vorbehalten wolle. Vergl. auch Staub a. a. O. Anm. 73.

muß zur Bewirkung der Leistung bestimmt und angemessen sein[17]). Sie muß endlich mit der Erklärung bestimmt werden, daß der nichtsäumige Theil die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Diese Erklärung kann auch stillschweigend erfolgen. Es genügt, wenn die Fristsetzung erkennen läßt, daß der Gläubiger nach Ablauf der Frist die Leistung nicht mehr annehmen will[18]).

γ) daß die Leistung nicht rechtzeitig, d. h. innerhalb der angemessenen Frist, erfolgt (§ 326 Abs. 1 S. 2). Bis zum Ablaufe der Frist ist der nichtsäumige Theil zur Annahme der Leistung verpflichtet.

b) Liegen die Voraussetzungen zu a vor, ist also die Leistung nicht innerhalb der gemäß § 326 Abs. 1 S. 1 bestimmten Frist erfolgt, so ist der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen. Der nichtsäumige Theil hat nur noch die Wahl zwischen Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt vom Vertrage.

α) Der Ausschluß des Erfüllungsanspruchs tritt von Rechtswegen mit dem Ablaufe der Frist ein (§ 326 Abs. 1 S. 2), nicht erst mit der Erklärung des Gläubigers, daß er Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlange oder vom Vertrage zurücktrete[19]). Der Erfüllungsanspruch ist für beide Theile ausgeschlossen[20]). Der Gläubiger ist weder berechtigt, die Leistung zu fordern, noch verpflichtet, sie anzunehmen.

β) Dem Gläubiger steht nur noch das Recht zu, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrage zurückzutreten[21]). Eine Zeit, binnen welcher der Gläubiger die Wahl zwischen diesen Rechten zu treffen hat, ist nicht vorgeschrieben. Doch finden auf das Rücktrittsrecht die §§ 346—356 entsprechende Anwendung (§ 327 S. 1). Danach kann, wenn der Gläubiger das Wahlrecht nicht ausübt, der Schuldner nunmehr seinerseits für die Ausübung des Rücktrittsrechts eine angemessene Frist bestimmen (§ 355)[22]). Wird der Rücktritt dann nicht rechtzeitig erklärt, so erlischt das Rücktrittsrecht und der Gläubiger ist nur noch auf den Schadensersatzanspruch beschränkt. Mit dem

§ 327.

---

[17]) Näheres über die Bestimmung einer angemessenen Frist siehe oben § 75 Anm. 11 S. 300.

[18]) Dies muß aber unzweideutig aus der Erklärung hervorgehen. Deswegen genügt in der Regel nicht die bloße Fristbestimmung ohne Hinzufügung einer anderen Erklärung, auch wenn man sie als „letzte" Frist bezeichnet, oder die Erklärung, man werde nach Ablauf der Frist Schadensersatz fordern. Letzteres kann Schadensersatz neben der Erfüllung (§ 286 Abs. 1) oder wegen Nichterfüllung (§ 326 Abs. 1) bedeuten. Vergl. hierzu Dernburg II § 98 IV, 3 und Staub a. a. O. Anm. 80 und 81.

[19]) Die entgegengesetzte Ansicht von Staub a. a. O. Anm. 97 ist irrig. Das Gesetz bestimmt ausdrücklich, daß nach dem Ablaufe der Frist der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen ist.

[20]) Hieraus folgt, daß nach Ablauf der Frist deren einseitige Verlängerung oder die Bestimmung einer weiteren Frist nicht zulässig ist. Da ein Erfüllungsanspruch nicht mehr besteht, würde die Bestimmung einer Frist zur Bewirkung der Leistung gegenstandslos sein. Dagegen erscheint die Verlängerung der Frist vor deren Ablauf zulässig. A. M. Cosack I § 123 III, 2, c, δ.

[21]) Eine Ausnahme bestimmt § 454, nach dem der Verkäufer, wenn er die Waare übergeben und außerdem den Kaufpreis gestundet hat, beim Zahlungsverzuge des Käufers nicht mehr vom Vertrage zurücktreten kann. Er ist dann zunächst auf die Wahl zwischen nachträglicher Erfüllung nebst Schadensersatz wegen verzögerter Erfüllung und Schadensersatz wegen Nichterfüllung und nach fruchtlosem Ablaufe der gemäß § 326 Abs. 1 bestimmten Frist auf den Schadensersatz wegen Nichterfüllung beschränkt. — Vergl. ferner Preuß. AG. Art. 15 § 7.

[22]) Bevor nicht die Frist zur Bewirkung der Leistung fruchtlos abgelaufen ist, kann der Schuldner dem Gläubiger eine Frist zur Ausübung des Rücktrittsrechts nicht bestimmen, da ein solches vorher für den Gläubiger noch nicht besteht.

Rechte auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung kann der Gläubiger im Wege der Fristsetzung nicht ausgeschlossen werden [23]).

Hat der Gläubiger eines von beiden Rechten gewählt, so kann er das andere nicht mehr geltend machen; seine Erklärung ist unwiderruflich [24]). Wenn er also vom Vertrage zurücktritt, so kann er Schadensersatz nicht mehr fordern.

γ) Für den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung sind Sondervorschriften nicht gegeben. Die allgemeinen Bestimmungen (§§ 249 ff.) finden Anwendung, doch kann die Vorschrift des § 249 S. 1 nicht dahin führen, den Erfüllungsanspruch wiederherzustellen, der nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 326 Abs. 1 S. 2 ausgeschlossen ist. Im Uebrigen kann der Schaden in jeder beliebigen Weise liquidiert werden [25]). Insbesondere ist auch auf dem Gebiete des Handelsrechts [26]) der Anspruch des Verkäufers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (anders als nach HGB. Art. 354) nicht davon abhängig, daß er die Waare für Rechnung des säumigen Käufers öffentlich verkauft. Der Verkäufer kann, wie dies nach bisherigem Handelsrechte schon dem Käufer beim Verzuge des Verkäufers gestattet war, den Schaden abstrakt berechnen, er kann z. B. als Schaden den Unterschied zwischen dem Kaufpreis und dem Handelspreise zur Zeit und am Orte der geschuldeten Lieferung oder den Unterschied zwischen dem Selbstkostenpreis und dem Vertragspreis fordern [27]). Allerdings kann er auch zur Feststellung eines Schadens die Waare anderweit verkaufen [28]). Dieser Verkauf braucht aber weder ein öffentlicher zu sein noch erfolgt er für Rechnung des Käufers, sodaß ein über den Kaufpreis hinaus erzielter Erlös dem Verkäufer verbleibt [29]).

c) Wenn der Schuldner bis zum Ablaufe der ihm zur Bewirkung der Leistung bestimmten Frist die Leistung nur theilweise nicht bewirkt hat, so ist in Ansehung des rückständigen Theiles der Anspruch auf Erfüllung jedenfalls ausgeschlossen. Der Gläubiger kann wegen des rückständigen Theiles nur noch Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrage zurücktreten. Letzteren Falles ist die Gegenleistung, falls sie für die gesammte Leistung einheitlich festgesetzt war, gemäß den für die Wandelung gegebenen entsprechenden Vorschriften herabzusetzen (§ 471) [30]). Der Gläubiger kann aber auch Schadens-

[23]) Es könnte in Frage kommen, ob nicht der Gläubiger auch mit dem Schadensersatzanspruche nach § 286 Abs. 2 ausgeschlossen werden kann, da § 286 bei gegenseitigen Verträgen neben § 326 anzuwenden ist. Die Frage dürfte jedoch zu verneinen sein. Die Anwendung des § 355 ist im § 286 nur für die Wahl zwischen Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Erfüllung nebst Schadensersatz wegen verzögerter Erfüllung vorgeschrieben der Art, daß, wenn der erstere Anspruch erlischt, doch der zweite bestehen bleibt. Im Falle des § 326 Abs. 1 liegen die gleichen Voraussetzungen nicht vor, da, wenn der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung zur Entstehung gelangt, der Erfüllungsanspruch schon ausgeschlossen ist.

[24]) Siehe hierzu oben § 97 S. 379.

[25]) Vergl. hierüber namentlich Staub Exkurs zu § 374 Anm. 20 ff.

[26]) Siehe oben Anm. 9 S. 381.

[27]) Vergl. D. zum E. eines HGB. (Berlin, Carl Heymanns Verlag) S. 460 und Staub a. a. O. Anm. 27.

[28]) Ueber die entgegengesetzte Meinung, die auf der irrigen Ansicht beruht, der nicht säumige Theil bleibe, wenn er Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlange, zur Gegenleistung verpflichtet, siehe oben § 97 Anm. 13 S. 377. Was dort über die unmöglich gewordene Leistung gesagt ist, gilt auch für den Fall des Verzugs.

[29]) Eine Sondervorschrift für Fixgeschäfte enthält HGB. § 376 Abs. 3.

[30]) A., der an B. Pferd und Wagen für 600 M. verkauft hat, ist mit der Lieferung des Wagens im Verzuge. B. setzt ihm eine Frist zur Lieferung des Wagens. Nach Ablauf der Frist tritt er wegen des Wagens vom Vertrage zurück. Wenn Pferd und Wagen beim Verkaufe 700 M., das Pferd 500 M. werth waren, so erhält A. für das Pferd $428\frac{4}{7}$ M., (700 : 500 = 600 : x).

ersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen oder vom ganzen Vertrage zurücktreten, wenn die theilweise Erfüllung des Vertrags für ihn kein Interesse hat. In diesem Falle finden auch auf den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit die §§ 346—356 Anwendung; der Gläubiger kann im Wege der Fristbestimmung mit diesem Anspruch ausgeschlossen werden (§§ 326 Abs. 1 S. 3, 325 Abs. 1 S. 2, 283)[31].

Eine theilweise Nichtbewirkung der Leistung liegt nicht nur dann vor, wenn eine Leistung quantitativ nicht vollständig bewirkt wird[32]), sondern auch dann, wenn von mehreren Leistungen, die zusammen erst die vollständige Vertragserfüllung darstellen, die eine nicht bewirkt wird[33]). Doch muß die verzögerte Leistung sich als Aequivalent für die Leistung des nichtsäumigen Theiles oder als ein Theil dieses Aequivalents darstellen[34]). Ist dies nicht der Fall, so findet § 326 nicht Anwendung.

II. Wenn in Folge des Verzugs die Erfüllung des Vertrags für den anderen Theil kein Interesse mehr hat, so bedarf es einer Fristbestimmung nicht. Dem nichtsäumigen Theile steht dann ohne weiteres das Recht zu, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrage zurückzutreten (§ 326 Abs. 2). Von der Vorschrift des § 286 Abs. 2 unterscheidet sich die des § 326 Abs. 2 dadurch, daß dort das mangelnde Interesse an der Leistung, hier das an der Erfüllung des Vertrags Voraussetzung für das Recht des nichtsäumigen Theiles ist[35]) und daß dem Gläubiger neben dem Schadensersatzanspruch auch das Rücktrittsrecht eingeräumt ist. — Die Frage,

§ 326 Abs. 2.

[31]) Die Fristbestimmungen können sich unter Umständen sehr häufen. A. kauft von B. zwei Grundstücke Nr. 1 und 2, auf denen er ein großes Waarenhaus errichten will. Die Auflassung soll bis zum 1. Juli erfolgen. Das Grundstück Nr. 1 wird im Juni aufgelassen, mit Nr. 2 kommt B. in Verzug. 1. A. setzt ihm eine Frist von 2 Wochen, nach deren Ablauf er die Auflassung nicht mehr entgegennehmen will. Mit dem fruchtlosen Ablaufe der Frist ist der Anspruch auf Auflassung des Grundstücks Nr. 2 ausgeschlossen. 2. Da A. sich nicht weiter erklärt, setzt ihm nun B. eine Frist zur Erklärung darüber, ob er vom Vertrage ganz (§§ 326 Abs. 1 S. 3, 325 Abs. 1 S. 2) oder theilweise zurücktreten wolle. A. erklärt sich nicht, sodaß sein Rücktrittsrecht erlischt. 3. Er hat jetzt nur noch den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, aber auch hier noch die Wahl, ob er Schadensersatz nur wegen des Grundstücks Nr. 2 oder wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen will, da die Auflassung des Grundstücks Nr. 1 allein für ihn kein Interesse hat. B. kann ihm nun eine weitere Frist bestimmen, innerhalb deren A. sich erklären soll, ob er Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen will (§§ 326 Abs. 1 S. 3, 325 Abs. 1 S. 2, 280 Abs. 2). Erklärt A. sich auch hierauf nicht, so ist er nunmehr auf den Schadensersatzanspruch wegen des Grundstücks No. 2 beschränkt. Die Fristbestimmungen zu 2 und 3 können jedoch verbunden werden.

[32]) Nach Staub Exkurs zu § 374 Anm. 143 liegt nur in diesem Falle eine theilweise Nichtbewirkung der Leistung vor. Z. B. der Käufer zahlt nur einen Theil des Kaufpreises, der Verkäufer liefert nur einen Theil der gelieferten Waare. Hierher gehört auch der Fall, daß bei Successivlieferungsverträgen einzelne Raten nicht geliefert werden. Vergl. Staub a. a. O. Anm. 118 ff.

[33]) So zutreffend Schöller in Gruchot Bd. 45 S. 545. Z. B. der Verkäufer hat die Sache zwar übergeben, aber dem Käufer das Eigenthum nicht verschafft.

[34]) Hierauf allein kommt es an, nicht, wie Staub a. a. O. Anm. 143 meint, auch darauf, ob es sich um eine Haupt- oder Nebenleistung handelt (Vergl. Schöller a. a. O.). Wenn der Verkäufer die verkaufte Maschine geliefert hat, aber die versprochene erste Probe nicht vornimmt (Staub a. a. O.), so ist er allerdings nur mit einer Nebenleistung im Verzuge, die aber doch die Gegenleistung für die Zahlung des Kaufpreises bildet. § 326, unter Umständen auch § 325 Abs. 1 S. 2, finden Anwendung. Dagegen wird regelmäßig beim Abnahmeverzuge des Käufers § 326 nicht zur Anwendung kommen. Die Abnahmepflicht stellt sich, von besonderen Fällen abgesehen, nicht als Gegenleistung des Käufers dar.

[35]) Siehe oben § 97 Anm. 20 S. 378 und Prot. II S. 63.

ob die Erfüllung des Vertrags kein Interesse mehr für den Gläubiger hat, ist nicht ausschließlich nach der Sachlage zur Zeit des Eintritts des Verzugs zu beantworten. Es kommt vielmehr nur darauf an, ob das Interesse fortgefallen war, als der Gläubiger von dem durch § 326 Abs. 2 gewährten Rechte Gebrauch machte[36]). Der Fortfall des Interesses muß eine Folge des Verzugs sein. Gleichgültig ist es, ob ihn der Säumige voraussehen konnte und ob er zwar in Folge des Verzugs aber doch nur in Verbindung mit einer durch den Verzug erforderlich gewordenen Handlung des Gläubigers eingetreten ist[37]). — Das Interesse, dessen Fortfall Voraussetzung für die Anwendung des § 326 Abs. 2 ist, ist dasjenige, zu dessen Befriedigung der nichtsäumige Theil den Vertrag abgeschlossen hatte. Daß überhaupt kein Interesse an der Erfüllung des Vertrags mehr denkbar ist, ist nicht erforderlich[38]). — Eine Frist, innerhalb deren sich der Gläubiger darüber zu erklären hätte, ob er an der Erfüllung des Vertrags ein Interesse habe, ist nicht vorgeschrieben. Auch kann ihm der Schuldner eine Frist zur Erklärung, wie in den Fällen der §§ 280 Abs. 2, 286 Abs. 2, 325 Abs. 1 S. 2, 326 Abs. 1 S. 3, nicht bestimmen, sodaß der Schuldner längere Zeit darüber im Ungewissen bleiben kann, ob der Andere noch Erfüllung verlangen wird oder nicht[39]). — Im Uebrigen finden auf das Rücktrittsrecht, nicht aber auf den Schadensersatzanspruch, die §§ 346—356 entsprechende Anwendung (§ 327). Der Gläubiger kann also im Wege der Fristbestimmung seitens des Schuldners (§ 355) mit dem Rücktrittsrechte, nicht aber mit dem Schadensersatzanspruch, ausgeschlossen werden.

Ist der Schuldner nur mit einem Theile der Leistung im Verzuge, so kann der Gläubiger, wenn er an der rückständigen Leistung kein Interesse mehr hat, wegen dieser Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern oder vom Vertrage zurücktreten. Hat er aber in Folge des theilweisen Verzugs an der Erfüllung des ganzen Vertrags kein Interesse mehr, so kann er Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen oder vom ganzen Vertrage zurücktreten (§§ 326 Abs. 2, Abs. 1 S. 3, 325 Abs. 1 S. 2)[40]).

---

[36]) Vergl. M. II S. 210.

[37]) Vergl. hierzu Oertmann Anm. 4 zu § 326. Es handelt sich hauptsächlich um den Fall der anderweitigen Deckung seitens des Käufers beim Lieferungsverzuge des Verkäufers. Räumt man hier dem Käufer das Recht ein, sich beim Verzuge des Verkäufers sofort anderweit zu decken und sich dann darauf zu berufen, daß er kein Interesse mehr an der Erfüllung des Vertrags habe, so würde dies einer völligen Beseitigung des Abs. 1 des § 326 nahekommen. Der Käufer würde regelmäßig ohne vorherige Fristbestimmung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrage zurücktreten können. Der Gläubiger kann sich aber auf eine solche eigene Handlung, deren Folge der Fortfall seines Interesses ist, nur dann berufen, wenn er sie zu einer Zeit vorgenommen hat, zu der er sie vornehmen mußte, um die Befriedigung des Interesses, welche er durch den Vertragsschluß bezweckte, noch zu erreichen. A. in Berlin kauft zur Verwendung bei der am 20. 10. stattfindenden Hochzeit seiner Tochter von B. in Berlin 50 Flaschen Champagner, lieferbar am 12. 10. Wenn B. den Champagner am 14. 10 liefert, kann A. nicht die Abnahme verweigern, weil er bereits am 13. 10. sich anderweit gedeckt und deshalb kein Interesse an der Erfüllung des Vertrags mehr habe. A. war nicht genöthigt, sich sofort am 13. 10. zu decken. Liefert dagegen B. erst am 19., so wird sich A. mit Erfolg darauf berufen können, daß er so lange nicht zu warten brauchte, daß er sich vielmehr in Folge des Verzugs des B. bereits anderweit gedeckt habe. — Wenn das Verlöbniß wieder aufgehoben ist, so kann A. die Abnahme des Champagners, wenn er sich nicht anderweit gedeckt hat, auch am 19. nicht verweigern. Hier ist sein Interesse an der Erfüllung des Vertrags zwar fortgefallen, aber nicht in Folge des Verzugs.

[38]) Vergl. Staub a. a. O. Anm. 88.

[39]) Vergl. hierzu Staub a. a. O. Anm. 89.

[40]) A., welcher mit seiner Frau am Dienstag Abend die um 7 Uhr beginnende Opernvorstellung besuchen will, kauft vom Billethändler B. am Montag zwei Parketbillets zum

§ 99. Versprechen der Leistung an einen Dritten.

Das BGB. erklärt es grundsätzlich für zulässig, daß durch Vertrag für einen am Vertrage nicht betheiligten Dritten ohne dessen Mitwirkung ein unmittelbares Forderungsrecht auf jede beliebige Leistung begründet wird (§ 328 Abs. 1)[1]). Im Einzelnen ist über die Verträge zu Gunsten Dritter[2]) folgendes zu bemerken:

§ 328.

I. Zu Gunsten eines Dritten ist ein Vertrag geschlossen, durch den eine Leistung an einen Dritten mit der Wirkung bedungen wird, daß der Dritte das Recht erwirbt, die Leistung zu fordern (§ 328 Abs. 1). Voraussetzung ist, daß der Zweck des Vertrags gerade auf den Erwerb des Rechtes durch den Dritten[3]) gerichtet ist. Wenn der Dritte nur einen thatsächlichen Vortheil in Folge des Vertrags hat, ohne daß die Begründung eines Rechtes für ihn bezweckt ist, so liegt ein Vertrag zu Gunsten Dritter nicht vor[4]).

Preise von je 7 Mark, welche bis Dienstag Nachmittag gegen 5 Uhr geliefert werden sollen. B. liefert ein Billet am Dienstag früh, das zweite am Dienstag Abend um 7½ Uhr mit der Erklärung, er habe erst nach Beginn der Vorstellung ein zweites Billet erhalten können. Da er sein Unvermögen zur Leistung zu vertreten hat (§ 279), so ist er mit der Lieferung des zweiten Billets im Verzuge. In Folge des theilweisen Verzugs hat für A. auch das rechtzeitig gelieferte Billet kein Interesse, da er zwei Billets brauchte; er tritt deshalb vom ganzen Vertrage zurück. — Wenn A., nachdem B. das zweite Billet bis 6 Uhr Nachmittags nicht geliefert hatte, von einem anderen Händler zwei neben einander liegende Plätze für je 8 Mark gekauft hatte, so kann er dem B. das erste Billet zurückgeben und 2 Mark Schadensersatz fordern. — A. hatte zufällig einen zweiten Platz neben dem ersten von B. gelieferten an der Kasse für 7 Mark erhalten. Dann tritt er nur wegen des zweiten Billets vom Vertrage zurück. — Wenn B. das Billet um 6½ Uhr liefert, so nimmt es A. an. Da er jedoch nun genöthigt ist, eine Droschke zu nehmen, während er sonst zu Fuß gegangen wäre, so verlangt er den Preis der Droschke als Schadensersatz. — B. ersucht den A. um 5 Uhr, sich binnen einer halben Stunde zu erklären, ob er ganz oder theilweise vom Vertrage zurücktreten (§ 327 S. 1) oder ob er Schadensersatz wegen Nichtlieferung beider Billets verlangen wolle (§§ 326 Abs. 2, Abs. 1 S. 3, 325 Abs. 1 S. 2, 280 Abs. 2). A. kann diese Rechte nicht mehr ausüben, wenn er sich nicht rechtzeitig erklärt. Er kann dann nur noch Schadensersatz wegen Nichtlieferung des zweiten Billets fordern.

[1]) Die Vorschriften des BGB. bedeuten einen erheblichen Fortschritt gegenüber dem früheren Rechtszustande. Zwar hatte die Rechtsprechung auch für das preußische Recht in bestimmten Fällen dem Dritten ein unmittelbares Klagerecht gewährt, nämlich bei Gutsüberlassungsverträgen zwischen Eltern und Kindern mit Abfindungen zu Gunsten der anderen Kinder sowie bei Lebensversicherungs- und Leibrentenverträgen zu Gunsten Dritter. In allen übrigen Fällen aber erzeugte nach der landrechtlichen Vorschrift der Vertrag zu Gunsten eines Dritten Rechtswirkungen zunächst nur unter den Parteien, während der Dritte ein selbstständiges Recht nur mittelbar dadurch erlangen konnte, daß er dem Vertrage mit Bewilligung der Hauptparteien beitrat (§ 75 I 5 ALR.). Vergl. über das frühere Recht M. II S. 265 ff., Schollmeyer Vorbemerkung vor § 328 ff., Dernburg II § 104, Eccius I § 75, RG. Bd. 1 S. 188, S. 378, Bd. 2 S. 272, Bd. 29 S. 173, Bd. 32 S. 162, Gruchot Bd. 36 S. 455, Bd. 37 S. 985. Für das Recht des BGB.: Hellwig, die Verträge auf Leistung an Dritte (Leipzig 1899).

[2]) Der bezügliche Titel des BGB. (zweites Buch, zweiter Abschnitt, dritter Titel §§ 328—335) trägt die allgemeine Ueberschrift: „Versprechen der Leistung an einen Dritten.“ Es empfiehlt sich, für Versprechen dieser Art, durch welche ein unmittelbares Forderungsrecht des Dritten begründet wird, die Bezeichnung „Verträge zu Gunsten Dritter“ beizubehalten.

[3]) Wenn bei Errichtung eines Vertrags durch Vertreter mit oder ohne Vertretungsmacht von diesen ein Recht für einen Anderen begründet wird, so ist dieser Andere kein Dritter, sondern der eigentliche Vertragschließende.

[4]) Wenn sich A. verpflichtet, den B. von dessen Schuld an C. durch Zahlung von 100 Mk. an diesen zu befreien, so liegt zwar das Versprechen einer Leistung an einen Dritten vor, das für diesen vortheilhaft sein wird, in der Regel aber kein Vertrag zu Gunsten des Dritten. Zweck des Vertrags ist die Befreiung des B., nicht die Begünstigung des C. (vergl. unten S. 389 Anm. 10).

II. Bei der **Errichtung des Vertrags** bedarf es der Zuziehung des Dritten nicht[5]). Für die Form des Vertrags ist ausschließlich das Verhältniß unter den Vertragschließenden maßgebend. Das Rechtsverhältniß zwischen dem Zuwendenden und dem Dritten kommt nicht in Betracht[6]). Ebensowenig kommt es für die materielle Wirksamkeit des Vertrags auf den Grund der Zuwendung an; ein besonderes Interesse des Zuwendenden an der Leistung an den Dritten ist nicht erforderlich.

III. Der Erwerb des unmittelbaren Rechtes seitens des Dritten beruht ausschließlich auf dem Willen der Vertragsparteien[7]). Von diesem hängt es daher ab (§ 328 Abs. 2),

1. ob der Dritte ein unmittelbares Recht erwerben soll,
2. ob das Recht des Dritten sofort oder nur unter gewissen Voraussetzungen entstehen, ob es der Dritte also ohne weiteres mit dem Abschlusse des Vertrags oder erst nach einer gewissen Frist erwerben oder ob der Erwerb von dem Beitritte des Dritten oder von anderen Voraussetzungen abhängig sein soll,
3. ob den Vertragschließenden die Befugniß vorbehalten sein soll, das Recht des Dritten ohne dessen Zustimmung aufzuheben oder zu ändern.

In allen diesen Beziehungen entscheidet also zunächst der ausdrücklich oder stillschweigend erklärte Wille der Parteien. Ist eine Erklärung seitens der Parteien nicht erfolgt, so ist ihr muthmaßlicher Wille durch die Feststellung zu ermitteln, was die Parteien nach den Umständen des Falles, insbesondere nach dem Zwecke des Vertrags, gewollt haben würden, falls sie sich beim Vertragsabschlusse die

---

[5]) Es ist nicht einmal erforderlich, daß der Dritte bereits existiert. Wenn Jemand, der sich zu verheirathen beabsichtigt, eine Versicherung auf den Todesfall zu Gunsten seiner Kinder nimmt, so liegt ein wirksamer Vertrag zu Gunsten Dritter vor. Die Absicht der Vertragschließenden geht dahin, daß, falls Kinder geboren werden, diese mit dem Tode des Vaters das Recht auf die Versicherungssumme erwerben sollen. Vergl. auch Schollmeyer Anm. 1 zu § 328, Dernburg II § 106 Anm. 4 und oben § 10 Anm. 8 S. 36.

[6]) A. verspricht mündlich dem B. schenkweise eine Zimmereinrichtung. Beide begeben sich zu C., dem A. erklärt, daß er an B. eine Zimmereinrichtung zu liefern habe, und mit dem er gleichfalls mündlich einen Vertrag schließt, in dem sich C. verpflichtet, die Einrichtung an B. zu liefern. A. zahlt den Preis an C. und erklärt, er wolle mit der Sache weiter nichts zu thun haben. Aus diesem Sachverhalt ist zu entnehmen, daß ein unmittelbares Recht des B. gewollt ist. B. hat durch den mündlichen Vertrag zwischen A. und C. den Anspruch auf Lieferung der Einrichtung gegen C. erworben, obwohl das Schenkungsversprechen nach den §§ 518, 125 nichtig ist. — Umgekehrt: A. verpflichtet sich in einem notariellen Vertrage, dem B. am 1. Oktober ein Darlehen von 1000 Mark zu gewähren. Sodann verspricht er dem C. schriftlich, ihm am 1. November schenkweise 20000 Mark zu zahlen mit der Auflage, bereits am 1. October 1000 Mark an B. zu entrichten. C. nimmt die Schenkung mit der Auflage an. Hier erwirbt B. wegen der Nichtigkeit des Schenkungsversprechens keinen Anspruch gegen C.

[7]) Aus der Vorschrift des § 328 Abs. 1 ergiebt sich, daß der Erwerb des Rechtes seitens des Dritten eine vom Gesetze bestimmte Wirkung des Vertrags ist. Demgegenüber ist für eine einseitige Willenserklärung des Versprechenden gegenüber dem Dritten, wie sie Stammler, das Recht der Schuldverhältnisse (Berlin 1897) S. 172 ff. neben dem Vertrage konstruieren will, kein Raum. Regelmäßig will auch der Versprechende nichts, als einen Vertrag mit dem Versprechensempfänger schließen. Eine Willenserklärung in Rücksicht auf den Dritten will er nicht abgeben. Deshalb finden auch auf den Vertrag zu Gunsten eines Dritten, den ein Minderjähriger abschließt, ausschließlich die §§ 108—110, nicht, wie Stammler a. a. O. S. 175 annimmt, auf das Verhältniß des Minderjährigen zu dem Gegenkontrahenten die §§ 108—110, auf das Verhältniß zu dem Dritten § 111 Anwendung. Wie hier Schollmeyer Anm. 2 zu § 328, Oertmann Anm. 2 zu § 328.

betreffende Frage vorgelegt hätten[8]). Für gewisse Fälle stellt das Gesetz Auslegungsregeln auf:

Zu 1. Da es von dem Willen der Vertragsparteien abhängt, ob bei dem Versprechen einer Leistung an einen Dritten dieser ein unmittelbares Recht erwerben soll oder nicht, so trifft den Dritten, der ein solches Recht in Anspruch nimmt, die Beweislast für seine Berechtigung. Doch ist im Zweifel ein unmittelbarer Erwerb des Rechtes seitens des Dritten anzunehmen in den der bisherigen Rechtsprechung entsprechenden Fällen der Lebensversicherungs- und Leibrentenverträge zu Gunsten Dritter[9]) und der Vermögens- und Gutsüberlassungsverträge mit Abfindungen Dritter — nicht nur von Kindern und Ehegatten des Ueberlassenden — durch den Uebernehmer, sowie außerdem bei unentgeltlichen Zuwendungen, bei denen dem Bedachten eine Leistung an einen Dritten auferlegt ist (§ 330, vergl. §§ 525 ff.). **§ 330.**

Auf der anderen Seite ist im Zweifel kein unmittelbarer Erwerb des Rechtes anzunehmen im Falle der Erfüllungsübernahme, d. h. bei einem Vertrag, in dem sich der eine Theil zur Befriedigung eines Gläubigers des anderen Theiles verpflichtet, ohne die Schuld zu übernehmen (§ 329)[10]). **§ 329.**

---

[8]) Prot. I S. 752. Vergl. das erste Beispiel in Anm. 6 S. 388 für die Frage 1. Bei Lebensversicherungen zu Gunsten eines Dritten erwirbt dieser in der Regel das Recht erst mit dem Tode des Versicherungsnehmers (Frage 2). Beim Frachtvertrage, der einen Vertrag zu Gunsten des Adressaten darstellt, erwirbt dieser das Recht erst mit der Ankunft des Gutes am Orte der Ablieferung (HGB. § 435). Für Postsendungen besteht eine entsprechende Vorschrift nicht (vergl. HGB. § 452). Nach den Bestimmungen des Postgesetzes vom 28. 10. 1871 und der Postordnung vom 20. 3. 1900 ist nicht anzunehmen, daß die Postverwaltung dem Adressaten ein Recht auf Auslieferung der Sendung einräumen will (§ 328 Abs. 2). Vergl. hierzu Schlegelberger in der DJZ. 1901 Nr. 3 S. 69 und RG. Bd. 43 S. 89 ff. A. M. Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte (Leipzig 1899) S. 516 ff.

[9]) „Dritte" sind auch die Erben des Versicherungsnehmers, sodaß, wenn der Versicherungsvertrag zu ihren Gunsten geschlossen ist, die Versicherungssumme im Zweifel nicht zum Nachlasse gehört. Vergl. Schollmeyer Anm. 1 a zu § 330 und die in Anm. 1 angeführten Entscheidungen. A. M. Oertmann Anm. 2 c zu § 330, vergl. auch RG. Bd. 32 S. 162 ff., 164.

[10]) Es sind (abgesehen von dem Falle der Schuldübernahme durch Vertrag mit dem Gläubiger, § 414) 3 Fälle möglich: 1. A. verpflichtet sich dem B. gegenüber, dessen Schuld an C. zu zahlen (vergl. S. 387 Anm. 4). Hier erlangt C. im Zweifel keinen Anspruch an A. B. bleibt sein alleiniger Schuldner. 2. A. übernimmt durch Vertrag mit B. dessen Schuld an C. Hier erwirbt C. einen Anspruch an A., aber nicht unmittelbar mit Abschluß des Vertrags, sondern erst mit der nach Maßgabe des § 415 Abs. 1 erfolgten Genehmigung des C. Mit der Genehmigung wird B. befreit. A. wird der alleinige Schuldner des C. Hierher gehört auch die Uebernahme einer Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis durch den Erwerber eines Grundstücks (§ 416). 3. A. und B. können aber nach § 328 die Zahlung der Schuld des B. an C. durch A. auch mit der Wirkung vereinbaren, daß C. unmittelbar einen Anspruch an A. erwirbt, ohne daß dieser die Schuld übernimmt. Dann erlangt C. ohne seine Mitwirkung einen Anspruch an A., ohne daß B. befreit wird, sodaß beide seine Schuldner sind. — Der Erwerb eines Handelsgeschäfts unter Uebernahme der Geschäftsverbindlichkeiten, aber ohne Fortführung der bisherigen Firma entspricht an sich dem Falle 1. Der Erwerber verpflichtet sich dem früheren Inhaber gegenüber, dessen Verbindlichkeiten zu tilgen. Es kann aber auch der Fall 3 vorliegen. Dies trifft insbesondere dann zu, wenn der Erwerber die Uebernahme der Verbindlichkeiten in handelsüblicher Weise bekannt gemacht hat (HGB. § 25 Abs. 3, vergl. § 27), weil hieraus hervorgeht, daß nach dem Willen der Vertragschließenden die bisherigen Gläubiger einen unmittelbaren Anspruch gegen den Erwerber erlangen sollen. Der frühere Inhaber haftet neben dem Erwerber. (Bei Fortführung der bisherigen Firma haftet der Erwerber ohne Rücksicht darauf, ob er die Verbindlichkeiten übernommen hat oder nicht. HGB. §§ 25 Abs. 1, 27, vergl. aber § 25 Abs. 2, vergl. auch RG. Bd. 38 S. 173 ff.)

§ 331. Zu 2. Für den Fall, daß die Leistung an den Dritten nach dem Tode des Versprechensempfängers (desjenigen, dem sie versprochen wird) erfolgen soll, erwirbt der Dritte das Recht im Zweifel nicht sofort, sondern erst mit dem Tode des Versprechensempfängers (§ 331 Abs. 1)[11]. Es gelangt demnach im Zweifel gar nicht zur Entstehung, wenn der Dritte vor dem Versprechensempfänger stirbt[12].

Zu 3. Bevor der Dritte das Recht erworben hat, können die Vertragschließenden das Versprechen der Leistung an den Dritten ohne dessen Mitwirkung aufheben oder ändern. Das Gesetz macht hiervon eine Ausnahme für den Fall, daß eine Leistung an einen beim Tode des Versprechensempfängers noch nicht geborenen Dritten versprochen ist. Obwohl das Recht des Letzteren erst mit dessen Geburt entstehen kann (§ 1), kann es doch durch Vertrag der Erben des Versprechensempfängers mit dem Versprechenden nur dann aufgehoben oder geändert werden, wenn die Befugniß dazu vorbehalten ist (§ 331 Abs. 2)[13].

§ 332. Soweit die Vertragschließenden nach dem Inhalte des Vertrags die Befugniß haben, das Recht des Dritten ohne dessen Zustimmung aufzuheben oder zu ändern, ist hierzu die Uebereinstimmung beider Vertragsparteien erforderlich. Bisweilen behält sich jedoch der Versprechensempfänger das Recht vor, an die Stelle des im Vertrage bezeichneten Dritten ohne Zustimmung des Versprechenden einen Anderen zu setzen. Dies kann dann im Zweifel auch in einer Verfügung von Todeswegen geschehen (§ 332), so daß eine Erklärung an den Versprechenden nicht erforderlich ist[14].

§ 334. IV. Sobald der Dritte das Recht erworben hat, steht ihm ein selbständiger klagbarer Anspruch gegen den Versprechenden zu. Der Inhalt des Rechtes des Dritten wird, ebenso wie seine Entstehung, durch den Vertrag bestimmt[15]; im Uebrigen ist es ein selbständiges, nicht ein von dem Versprechensempfänger auf den Dritten übertragenes Recht. Daher stehen dem Versprechenden gegenüber dem Dritten zwar alle Einwendungen aus dem Vertrage zu (§ 334), nicht aber andere Einwendungen, welche für den Versprechenden zur Zeit des Erwerbes des Rechtes durch den Dritten gegen den Versprechensempfänger begründet waren.[16]

---

[11]) Z. B. bei Versicherungen auf den Todesfall zu Gunsten eines Dritten. Auch bei solchen Versicherungen auf den Todes- oder Lebensfall (zahlbar an meine Ehefrau nach 20 Jahren oder bei meinem Tode) wird es in der Regel dem Willen der Vertragschließenden entsprechen, daß der Dritte das Recht erst mit der Fälligkeit der Versicherungssumme erwirbt.

[12]) Ebenso Dernburg II § 105 II, 1, Planck Anm. 1 zu § 331, Fischer-Henle Anm. 1 zu § 331, a. M. Oertmann Anm. 1 zu § 331. Das Recht geht also in diesem Falle nicht auf die Erben des Dritten über. Für Abfindungen bei Gutsüberlassungsverträgen wird man mit Dernburg a. a. O. im Zweifel das Gegentheil annehmen müssen.

[13]) Daß der Vorbehalt ein ausdrücklicher sein müsse (so Schollmeyer Anm. 2 zu § 331, Kuhlenbeck Anm. 2 zu § 331), ist nirgends vorgeschrieben.

[14]) A. nimmt eine Lebensversicherung in Höhe von 10000 Mark, welche nach der Police bei seinem Tode, unter dem Vorbehalt einseitiger Aenderung, an B. gezahlt werden sollen. Später errichtet er ein Testament, in dem er bestimmt, daß C. die Versicherungssumme erhalten solle. Hier erwirbt C. mit dem Tode des A. den Anspruch auf Zahlung der 10000 Mark, auch wenn A. dem Versicherer die Aenderung nicht mitgetheilt hat. — Erfolgt die Bestimmung eines Anderen nicht in einer letztwilligen Verfügung, so bedarf sie der Mittheilung an den Versprechenden. Vergl. Schollmeyer Anm. 2, b zu § 392, Planck Anm. zu § 332, Oertmann Anm. 2 zu § 332, Dernburg II § 106 II, 3.

[15]) Nach diesem richtet sich auch die Haftung des Versprechenden gegenüber dem Dritten.

[16]) Dem Versprechenden steht z. B. gegen den Dritten die Einrede des nicht erfüllten Vertrags zu (z. B. dem Versicherer, daß die Prämie nicht gezahlt ist). Dagegen kann er Forderungen an den Versprechensempfänger nicht gegen die Forderung des Dritten aufrechnen. Vergl. hierzu Planck Anm. 2 zu § 334, Schollmeyer Anm. 2 zu § 334.

Wenn sich der Rechtserwerb des Dritten ohne dessen Mitwirkung vollzieht, so liegt die Möglichkeit vor, daß der Dritte ein Recht erwirbt, das er gar nicht erwerben will. Er kann in diesem Falle das aus dem Vertrag erworbene Recht zurückweisen. Erforderlich und genügend hierfür ist eine Erklärung an den Versprechenden, welche die Wirkung hat, daß das Recht als nicht erworben gilt (§ 333).[17] § 333.

Der Erwerb des Rechtes durch den Dritten hat nicht die Wirkung, daß dadurch jedes Recht des Versprechensempfängers auf die Leistung ausgeschlossen wird. Vielmehr bleibt neben dem selbständigen Rechte des Dritten im Zweifel auch das Recht des Versprechensempfängers bestehen, von dem Versprechenden die Leistung an den Dritten zu fordern (§ 335). Dagegen steht dem Versprechensempfänger kein Recht darauf zu, daß die Leistung an ihn selbst erfolge, solange das Recht des Dritten besteht. Inwieweit ein solches Recht begründet ist, wenn das selbständige Recht des Dritten aus irgend einem Grunde wegfällt, ist nach der Natur und dem Inhalte des Rechtsverhältnisses zwischen den Vertragschließenden zu beurtheilen.[18] [19] § 335.

Vierter Titel.

Draufgabe. Vertragsstrafe.

§ 100. Die Draufgabe.

1. Die bei Eingehung eines Vertrags gegebene Draufgabe gilt als Zeichen des Abschlusses des Vertrags. § 336.

Die Draufgabe ist ein Beweis dafür, daß die Parteien einig geworden sind, daß der Vertrag zu Stande gekommen ist, dagegen ist sie selbst kein Mittel, um den Vertrag zu Stande zu bringen[1]). Ist der Vertrag in

---

[17]) Die Zurückweisung beseitigt das Recht des Dritten mit Wirkung ex tunc. Nachdem die Annahme erfolgt ist, kann der Dritte das Recht nicht mehr zurückweisen, da die Annahme, wie regelmäßig jede Willenserklärung, nicht widerruflich ist. Vergl. Planck Anm. 3 zu § 333, Schollmeyer Anm. 1 zu § 333, Oertmann Anm. 2 zu § 333.

[18]) A. verkauft eine Sache an B. für 300 M. B. zahlt 200 M. an A. und verpflichtet sich, auf eine Schuld des A. an C. an diesen 100 M. zu zahlen, und zwar so, daß C. ein unmittelbares Recht gegen B. erwirbt. Demnächst erläßt C. schenkweise dem A. seine Schuld und erklärt deshalb dem B., daß er das Recht auf Zahlung der 100 M. zurückweise. Dann ist A. berechtigt, von B. Zahlung der 100 M. an sich zu fordern. — A. schenkt dem B. 1000 M. mit der Auflage, für 100 M. dem C. eine Uhr zu kaufen. Wenn C. das hierdurch erworbene Recht zurückweist, ist A. nicht berechtigt, Zahlung von 100 Mk. oder Lieferung einer Uhr an sich selbst zu verlangen (vergl. § 527 Abs. 2).

[19]) Wenn die Leistung an den Dritten unmöglich wird, so finden die Vorschriften der §§ 275 ff., 323 ff. Anwendung. Vergl. hierüber Planck Anm. 3 zu 335 und Schollmeyer Anm. 1 zu § 335.

[1]) Auch die Vorschriften der §§ 22, 23 der preuß. Gesinde-O. vom 8. November 1810 müssen als aufgehoben angesehen werden. Sie bestimmten, daß es zum Abschlusse des Gesinde-Dienstvertrags keines schriftlichen Vertrags bedarf, daß das Geben und Nehmen des Miethsgeldes dessen Stelle vertritt. Die Absicht des Gesetzes war also, die allgemeinen Formvorschriften des ALR. für den Gesindevertrag zu erleichtern. Sind aber die allgemeinen Formvorschriften fortgefallen, so bedarf es auch keiner Erleichterung mehr. Hielte man diese Bestimmungen auf Grund des EG. Art. 95 für fortbestehend, so läge gegen die klare Absicht des Gesetzes eine Erschwerung gegenüber den allgemeinen Formvorschriften vor. Vergl. Stranz-Gerhard S. 453 Anm. 46, JWSch. 1901 S. 694, a. M. Dernburg II § 312 Anm. 2.

Wirklichkeit nicht perfekt geworden, ist er nichtig, z. B. wegen Mangels der vorgeschriebenen Form, oder ist er anfechtbar und angefochten, so ist der Empfänger zur Herausgabe der Draufgabe nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung verpflichtet.

2. Die Draufgabe gilt im Zweifel nicht als Reugeld. Weder der Geber noch der Empfänger ist berechtigt, gegen Aufgabe oder Rückerstattung der Draufgabe vom Vertrage zurückzutreten.

§ 337. 3. Die Draufgabe stellt im Zweifel eine Vorschußleistung auf die nach dem Vertrage geschuldete Leistung dar.

Daraus folgt, daß sie auf diese Leistung anzurechnen und, wenn der Vertrag wieder aufgehoben wird, zurückzugeben ist. Ebenso muß sie bei der Erfüllung zurückgegeben werden, wenn sie nicht angerechnet werden kann, z. B. weil sie anderer Art ist, als die geschuldete Leistung[2]).

Ausnahmsweise findet eine Anrechnung oder Rückgabe nicht statt,

a) wenn etwas Anderes vereinbart ist. Eine derartige Vereinbarung kann auch einer bestehenden Verkehrssitte entnommen werden (vergl. §§ 157, 242);

§ 338. b) wenn der Geber die Wiederaufhebung des Vertrags verschuldet oder wenn die von ihm geschuldete Leistung in Folge eines Umstandes unmöglich wird, den er zu vertreten hat[3]). In diesen Fällen kann der Empfänger die Draufgabe behalten[4]). Verlangt er aber Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so muß er die Draufgabe im Zweifel anrechnen oder sie, wenn dies nicht geschehen kann, bei der Leistung des Schadensersatzes zurückgeben (§ 338)[5]).

---

[2]) In den Fällen des § 337 besteht eine selbständige Verpflichtung zur Zurückgabe der Draufgabe. Es kommen nicht die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung, sondern die für die Leistung aus einem Schuldverhältnisse gegebenen Grundsätze, insbesondere die §§ 275 ff. zur Anwendung. Vergl. Planck Anm. 2 zu § 337, Schollmeyer Anm. 1 zu § 337.

[3]) Die Draufgabe stellt also den Mindestbetrag des Schadensersatzes dar, was bei Hingabe des Angeldes zu berücksichtigen ist. Denn ist die Draufgabe unverhältnißmäßig hoch, so behält sie der Empfänger, wenn der andere Theil die Aufhebung des Vertrags verschuldet. Eine Herabsetzung auf Grund des § 343 wird nur dann zulässig sein, wenn von den Parteien von Anfang an eine Vertragsstrafe beabsichtigt und die Form des Angeldes nur zur Umgehung des § 343 gewählt war (vergl. Prot. I S. 775). Zu bemerken ist, daß der Herabsetzung gegebenen Falles nicht die Vorschrift des § 343 Abs. 1 S. 3 entgegenstehen würde. Denn die Entrichtung im Sinne dieser Vorschrift setzt eine verwirkte Strafe voraus. Hat freilich der Geber nach Eintritt der Voraussetzungen des § 338 Abs. 1 erklärt, daß er damit einverstanden sei, daß der Empfänger die Draufgabe behalte, so wäre, auch wenn man sie als Vertragsstrafe ansehen könnte, eine Herabsetzung nicht mehr zulässig.

[4]) Wenn der Empfänger die Wiederaufhebung des Vertrags oder die Unmöglichkeit der Erfüllung verschuldet, so muß er die Draufgabe zurückgeben und außerdem Schadensersatz leisten. — Ueber die Rückgabe des zum Zeichen des Verlöbnisses Gegebenen vergl. § 1301.

[5]) Dies gilt jedoch nur für die Draufgabe, nicht für eine bloße Anzahlung (vergl. Dernburg II § 99 Anm. 12). Hat z. B. der Käufer beim Abschlusse des Kaufes eine Draufgabe von 1000 M. gegeben und tritt demnächst der Verkäufer wegen des Verzugs des Käufers vom Vertrage zurück (§ 326), so behält der Verkäufer die 1000 M. Waren die 1000 M. dagegen eine Anzahlung auf den Kaufpreis, so verfallen sie dem Verkäufer nicht. Verlangt dieser Schadensersatz wegen Nichterfüllung und beträgt sein Schaden nur 600 M., so muß er dem Käufer 400 Mark herauszahlen. Der Unterschied zwischen Draufgabe und Anzahlung wird freilich häufig schwer festzustellen sein. Folgendes wird zu beachten sein: Die Draufgabe wird nach der Absicht der Parteien nicht als eine theilweise Erfüllung gegeben. Denn wäre sie dies, so brauchte sie nicht nach § 337 auf die Leistung angerechnet zu werden, sie würde vielmehr von selbst das Schuldverhältniß theilweise zum Erlöschen bringen (§ 362). Immer also, wenn nach der Absicht der Parteien die Leistung des einen Theiles eine theilweise Erfüllung ist, liegt keine Draufgabe, sondern eine Anzahlung vor, auf welche § 338 nicht zur Anwendung kommt. Ist z. B. bei einem Grundstücks-

§ 101. Die Vertragsstrafe.

1. **Die Vereinbarung einer Vertragsstrafe** hat nicht nur den Zweck, das Erfüllungs-Interesse des Gläubigers im Voraus zu fixieren und ihm dadurch die Geltendmachung seiner Interesse-Forderung zu erleichtern[1]), sondern auch den Zweck, ein Mittel zu schaffen, um den Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit zu nöthigen. Sie ist daher auch zulässig, wenn kein vermögensrechtliches Interesse an der Erfüllung der Verbindlichkeit vorhanden ist[2]).

2. **Zur Gültigkeit einer Vertragsstrafe ist eine Vereinbarung der Parteien, ein Vertrag, erforderlich.** Wenn auch das Gesetz in den §§ 339—343 nur von dem **Versprechen** der Strafe redet, so ist doch selbstverständlich, daß dieses Versprechen angenommen sein muß (vergl. § 344 „Vereinbarung" einer Strafe). Eine Vertragsstrafe kann bei einer **jeden** Verbindlichkeit, nicht nur einer vertraglichen, vereinbart werden; sie kann in Geld oder in einer beliebigen anderen Leistung bestehen (§ 342)[3]).

3. **Die Vertragsstrafe setzt das Bestehen einer anderen Verbindlichkeit voraus** (§ 339). Verspricht Jemand eine Strafe für den Fall, daß er eine Handlung vornimmt oder unterläßt, ohne sich jedoch dem anderen Theile gegenüber zur Unterlassung oder Vornahme der Handlung verpflichtet zu haben[4]) (§ 343 Abs. 2), so liegt keine eigentliche Vertragsstrafe im Sinne des § 339 vor.

---

verkaufe vereinbart, daß der Kaufpreis 100000 M. beträgt und daß dieser Kaufpreis derart zu belegen ist, daß bei Unterzeichnung des Vertrags bei dem Notar 10000 M. und der Rest bei der Auflassung zu zahlen sind, so bilden die 10000 M. keine Draufgabe, sondern eine Anzahlung. Dagegen: A. miethet am 5. Januar von B. eine Wohnung vom 1. April an und es wird vereinbart, daß der Miethzins vierteljährlich im Voraus mit 500 Mark zu zahlen ist. Nachdem die Parteien einig geworden sind, zahlt A. an B. 50 Mark. Dies ist eine Draufgabe. Denn eine Miethzinszahlung hatte noch nicht zu erfolgen; diese wurde erst am 1. April fällig und auch nur, wenn die Wohnung dem Miether eingeräumt war. Eine Absicht des Miethers, schon am 5. Januar Miethzins zu zahlen, kann nicht angenommen werden; er wollte zum Zeichen, daß er mit B. einig geworden, etwas draufgeben. Wird der Vertrag durch die Schuld des A. aufgehoben, so behält B. die 50 M. selbst dann, wenn ihm gar kein Schaden erwachsen ist. Oder: A. kauft von dem Bilderhändler B. ein Bild für 1000 M. und es wird vereinbart, daß A. das Bild in 14 Tagen abholen soll. Nachdem die Parteien handelseins geworden, zahlt A. an B. 100 M. Auch hier handelt es sich um eine Draufgabe. Von einer Zahlung des Kaufpreises kann jetzt keine Rede sein. A. giebt die 100 M. als Zeichen, daß der Vertrag geschlossen ist, um sicher zu sein, daß ihm B. den Kauf nicht abstreiten kann. Ueberhaupt wird man bei einem formell (notariell, schriftlich) geschlossenen Vertrag eher eine Anzahlung annehmen, weil in diesem Falle die Urkunde schon genügend den Abschluß des Vertrags beweist und nicht angenommen werden kann, daß die Parteien sich noch ein Beweismittel verschaffen wollten. Bei einem mündlich geschlossenem Vertrage wird man, zumal wenn der Geber an sich zur Erfüllung noch nicht verpflichtet war, eher eine Draufgabe annehmen.

[1]) Wie es im preuß. Rechte (ALR. § 292 I 5) der Fall war. Vergl. ObTr. Bd. 39 S. 23, Bd. 65 S. 38, dagegen ROHG. Bd. 16 S. 397, RG. in der JWSch. 1880 S. 186; Eccius I § 107, dagegen Dernburg II § 39.

[2]) Gerade für diese Fälle ist die Vereinbarung einer Vertragsstrafe von besonders praktischer Bedeutung, da nach § 253 für einen Schaden, der kein Vermögensschaden ist, keine Entschädigung in Geld gefordert werden kann, der Gläubiger also, der an der Erfüllung einer Verbindlichkeit nur ein ideales Interesse hat, im Falle der Nichterfüllung keine Interesse-Forderung geltend machen kann.

[3]) Selbstverständlich ist, daß die als Strafe gesetzte Handlung nicht gegen die Gesetze oder die guten Sitten verstoßen darf. Ist dies der Fall, so ist die Strafabrede nichtig; ob damit auch die Abrede hinsichtlich der Hauptverbindlichkeit nichtig ist, ist nach § 139 zu beurtheilen.

[4]) Es ist dann lediglich die Strafe in obligatione, während die Handlung nur in solutione ist. Gefordert werden kann nicht die Leistung der Handlung, sondern nur die Strafe.

§ 344. 4. Die Hauptverbindlichkeit muß wirksam sein. Ist sie unwirksam, weil sie z. B. gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstößt (§§ 134, 138) oder der gehörigen Form ermangelt (§ 125) oder aus sonstigen Gründen nicht erzwingbar ist (§§ 762—764 Spielschuld; vergl. auch § 1297 Abs. 2), so ist auch die Vereinbarung der Vertragsstrafe unwirksam, und zwar selbst dann, wenn die Parteien gewußt haben, daß die Hauptverbindlichkeit unwirksam ist. Ist das Versprechen der Hauptverbindlichkeit anfechtbar und angefochten (z. B. wegen Zwanges oder Irrthums), so fällt damit auch die Vertragsstrafe fort, da es an einer gültigen Hauptverbindlichkeit fehlt. Es kann auch das Strafversprechen, besonders, wenn es nach der bereits begründeten Hauptverbindlichkeit abgegeben ist, selbständiger Anfechtung unterliegen.

§ 339. 5. Verwirkt ist die für den Fall der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung einer Verbindlichkeit versprochene Strafe, wenn der Schuldner in Verzug kommt (§ 339 Satz 1). Es wird also ein Verschulden vorausgesetzt; den Schuldner trifft aber die Beweislast dafür, daß ein Verschulden nicht vorliegt (§§ 285, 282). Es ist jedoch die Vereinbarung zulässig, daß die Verwirkung der Strafe von einem Verschulden des Schuldners unabhängig sein soll; es liegt dann eine Uebernahme der Garantie für die gehörige Erfüllung vor. Kraft Gesetzes ist eine solche Garantieübernahme anzunehmen, wenn die Leistung in einem Unterlassen besteht; die Strafe ist in diesem Falle mit der Zuwiderhandlung verwirkt, selbst wenn diese nicht auf einem Verschulden des Schuldners

§ 345. beruht (§ 339 Satz 2). Wenn der Schuldner bestreitet, daß die Strafe verwirkt ist, weil er seiner Verbindlichkeit nachgekommen sei, so muß er beweisen, daß er erfüllt habe und zwar auch, daß er gehörig, insbesondere zur bestimmten Zeit oder am bestimmten Orte, erfüllt habe[5]). Besteht jedoch die Hauptleistung in einem Unterlassen, so hat der Gläubiger die Zuwiderhandlung zu beweisen (§ 345).

6. Ist die Strafe verwirkt, so gestalten sich die Rechte des Gläubigers verschieden, je nachdem die Strafe für die Nichterfüllung der Verbindlichkeit schlechthin oder nur für eine bestimmte Art der nicht gehörigen Erfüllung ausbedungen ist.

§ 340. a) Im ersteren Falle kann der Gläubiger statt der Erfüllung die Strafe, aber nicht beides neben einander fordern, da die Strafe die Erfüllung vertreten soll[6]). Durch die dem Schuldner gegenüber abgegebene Erklärung, daß er die Strafe fordere, verliert der Gläubiger den Anspruch auf Erfüllung (§ 340 Abs. 1); dagegen kann er, wenn er Erfüllung verlangt hat, später noch statt der Erfüllung die Strafe fordern[7]). Dem Schuldner seinerseits steht das Recht, sich durch die Zahlung der Strafe von der Hauptverbindlichkeit zu befreien, nicht zu; die Vertragsstrafe hat in der Regel nicht den Charakter des Reugeldes.

---

[5]) Daß der Schuldner in Verzug gekommen (§ 339), insbesondere, daß die Leistung fällig und daß, sofern zum Verzug eine Mahnung erforderlich ist, diese erfolgt sei, hat der Gläubiger zu beweisen.

[6]) Die Vorschrift ist selbstverständlich nur dispositiv. Es kann vereinbart werden, daß durch das Verlangen der Strafe der Anspruch auf Erfüllung nicht ausgeschlossen wird.

[7]) Dies muß per argum. e. contr. aus der Vorschrift des § 340 Abs. 1 Satz 2 gefolgert werden (vergl. auch E. I § 420, M. II S. 275, 276 und dagegen Prot. I S. 776), jedoch mit der Einschränkung, daß dieses Abgehen von dem Verlangen der Erfüllung nicht gegen Treu und Glauben verstoßen darf. Hat z. B. bei einem Werkvertrage der Gläubiger nach Verwirkung der Strafe erklärt, daß er die Erfüllung verlange, und hat der Schuldner in Folge dessen das Werk hergestellt, so wäre es dolos, wenn der Gläubiger nun erklärte, daß er statt der Erfüllung die Strafe verlange.

b) Ist dagegen die Strafe nur für den Fall versprochen, daß die Verbindlichkeit in einer bestimmten Art, z. B. rücksichtlich der Zeit nicht gehörig erfüllt wird, repräsentiert sie demgemäß nicht das volle Erfüllungs-Interesse, so kann der Gläubiger die Strafe neben der Erfüllung fordern (§ 341 Abs. 1). Nimmt er die Erfüllung an, so muß er sich das Recht auf die Strafe vorbehalten[8]), sonst verliert er den Anspruch auf die Strafe. Die Annahme der Erfüllung hat der Schuldner, den Vorbehalt der Gläubiger zu beweisen (§ 341 Abs. 3). Durch den unterlassenen Vorbehalt geht der Anspruch selbst dann verloren, wenn der Gläubiger sein Recht auf die Strafe oder deren Verwirkung nicht gekannt hat. **§ 341.**

7. Kann der Gläubiger wegen der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung Schadensersatz fordern[9]), so ist er berechtigt, als Schaden mindestens den Betrag der Strafe zu verlangen[10]). Er kann aber auch seinen höheren Schaden geltend machen[11]) (§§ 340 Abs. 2, 341 Abs. 2). Diese Bestimmung kommt jedoch nur zur Anwendung, wenn die Strafe in Geld besteht; besteht sie in einer anderen Leistung, so ist, wenn der Gläubiger diese fordert, der Anspruch auf Schadensersatz ausgeschlossen (§ 342). **§ 342.**

8. Ist die Strafe nur für einen bestimmten Fall der nicht gehörigen Erfüllung ausbedungen (z. B. für die nicht rechtzeitige Erfüllung), so kann sie, wenn die Leistung nach einer anderen Richtung hin nicht gehörig erfolgt (z. B. nicht am rechten Orte oder nicht in der gehörigen Weise), nicht gefordert werden, vielmehr kann der Gläubiger nur seinen Schadensersatzanspruch geltend machen. Ueber den Fall, daß der Schuldner seine Verpflichtung nur zum Theil nicht erfüllt hat, ist im Gesetze keine Bestimmung gegeben. Die auf die Nichterfüllung gesetzte Strafe kann bei theilweiser Nichterfüllung nicht gefordert werden, denn es liegt dann nur eine nicht gehörige Erfüllung vor (§ 341) und für diese ist die Strafe nicht ausbedungen.[12])

---

[8]) Der Vorbehalt muß „bei der Annahme" erfolgen. Uebersendet jedoch der Schuldner die geschuldete Sache dem Gläubiger, so genügt es natürlich, wenn er den Vorbehalt unverzüglich nach dem Empfange der Sache dem Schuldner erklärt. Muß dem Schuldner noch eine angemessene Frist gelassen werden, um die Sache zu untersuchen und sich darüber schlüssig zu machen, ob er sie als Erfüllung annehme, so genügt es, wenn er innerhalb der angemessenen Frist zugleich die Annahme und den Vorbehalt erklärt.

[9]) Die Motive (II S. 276) heben hervor, daß, wenn der Gläubiger wegen des Verzugs des Schuldners den Rücktritt vom Vertrage wählt (vergl. insbes. § 326), er auch die Vertragsstrafe nicht fordern könne. (Ebenso Planck Anm. 3 zu § 340.) Das ist theoretisch gewiß richtig. Denn mit der Erklärung des Rücktritts zerfällt der Vertrag, ein Anspruch auf Erfüllung ist nicht mehr gegeben, es werden für beide Parteien die im § 346 bestimmten Rückgewährverbindlichkeiten begründet. Fraglich wird es aber in der Praxis sein, ob der Gläubiger, der erklärt, daß er wegen des Verzugs des Schuldners zurücktrete, wirklich den Rücktritt im technischen Sinne oder nicht vielmehr erkennbar gemeint hat, er wolle keine Erfüllung, sondern die Konventionalstrafe. Vergl. Dernburg II § 103 Anm. 1.

[10]) Und zwar sogar unabhängig davon, ob ihm überhaupt ein Schaden entstanden ist. A. M. Schollmeyer Anm. 4 zu § 340.

[11]) Die Bestimmung greift also nicht Platz, wenn dem Gläubiger ein Schadensersatz-Anspruch nicht zusteht; dies ist dann der Fall, wenn die Vertragsstrafe den Charakter einer Garantie-Uebernahme hat und ohne Verschulden des Schuldners verwirkt wird. Im Falle des § 339 Satz 2 z. B. kann der Gläubiger auf Grund der bloßen Thatsache des Zuwiderhandelns nur die Strafe, nicht das höhere Interesse fordern; letzteres nur, wenn das Zuwiderhandeln schuldhaft geschieht.

[12]) Zum Theil abweichend die Motive II S. 277, ferner Dernburg II § 103 unter II, Staub Anm. 14 zu § 348. (Wenn Staub sich für seine Ansicht auf Schollmeyer Anm. 1b zu § 340 beruft, so beruht dies auf einem Irrthume. Die Frage, die Schollmeyer an der angegebenen Stelle behandelt, ist eine ganz andere, nämlich, ob der Gläubiger durch Annahme einer Theilleistung das Recht aus § 340 Abs. 1, die auf die totale Nichterfüllung

§ 343. 9. Was endlich die Höhe der Vertragsstrafe anbetrifft, so hat das Gesetz sie einerseits nicht auf ein bestimmtes Maß beschränkt, andererseits hat es aber auch nicht die volle Vertragsfreiheit anerkannt. Es bestimmt vielmehr der § 343 [13]) nach dem Vorgange des Gesetzes über die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894, daß eine verwirkte, unverhältnißmäßig hohe Strafe auf Antrag des Schuldners auf den angemessenen Betrag durch Urtheil herabgesetzt werden kann. [14])

a) Daß die Strafe unverhältnißmäßig hoch sei, hat der Schuldner zu beweisen. Nicht der Gläubiger hat sein Interesse darzuthun, — um dieses nicht beweisen zu müssen, hat er sich eben die Strafe ausbedungen —, sondern es ist Sache des Schuldners, zu beweisen, daß zwischen der Strafe und den Interessen des Gläubigers ein offenbares Mißverhältniß besteht. Hierbei ist jedes berechtigte Interesse des Gläubigers, nicht nur sein Vermögensinteresse, sondern auch sein Affektionsinteresse in Betracht zu ziehen.

---

gesetzte Strafe zu fordern, verliert. Dies verneint Schollmeyer für die Regel mit Recht. Der Gläubiger kann sich noch für die Strafe entscheiden, er muß aber dann, wie Planck Anm. 1 zu § 340 ausführt, die empfangene Theilleistung zurückgewähren. Dieser Ansicht ist auch Schollmeyer, wie seine Ausführungen und insbesondere die Bezugnahme auf § 280 Abs. 2 ergeben.) Oertmann ist nicht, wie er (Anm. 4 zu § 339) sagt, anderer Ansicht, sondern stimmt in Wirklichkeit mit der hier vorgetragenen Ansicht überein, denn diese setzt voraus, daß der Gläubiger die theilweise Erfüllung als solche angenommen hat. Hat er sie nicht angenommen, so liegt völlige Nichterfüllung vor und die Strafe ist verwirkt. In dieser Beziehung geht zu weit Schollmeyer (Anm. 1 zu § 341), der nicht einmal die Annahme der Theilleistung für den Wegfall der Strafe fordert, sondern dem Gläubiger nur das Recht giebt, „die angebotene Theilleistung zurückzuweisen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu liquidieren, gleich als ob gar keine Vertragsstrafe verabredet wäre." Wenn Schollmeyer hierbei auf ALR. § 296 I 5 Bezug nimmt, so ist zu bemerken, daß es in dieser Gesetzesstelle heißt: „in Fällen, wo nur ein Theil des Vertrags unerfüllt geblieben", also auch vorausgesetzt wird, daß ein Theil erfüllt worden, die Theilleistung angenommen worden ist. — Aber dem Gläubiger das Recht zu geben, die Theilleistung anzunehmen und die Strafe zu fordern, widerspricht dem § 340, denn der Gläubiger erhielte dann theilweise Erfüllung und die das Erfüllungs-Interesse darstellende Strafe. Hat A. dem B. gegenüber sich verpflichtet, 100 Ctr. Kohlen zu liefern und für den Fall der Nichtleistung 1000 Mk. Strafe zu entrichten, so kann B. beim Verzuge des A. nach § 340 entweder die 100 Ctr. Kohlen oder die 1000 Mk., aber nicht beides fordern. Soll nun, wenn A. 80 Ctr. geliefert und B diese angenommen hat, B. berechtigt sein, die 80 Ctr. zu behalten und die 1000 Mk. zu verlangen? Wenn Dernburg (a. a. O.) sagt: „Die Vertragsstrafe soll vollständige Erfüllung bewirken. Daher wird die Strafe in der Regel ganz verwirkt, wenn nur unvollständig geleistet ist," so ist darauf zu erwidern, daß, wie gezeigt, die Strafe mehr als vollständige Erfüllung bewirken würde. Auch scheint es ein Widerspruch zu sein, wenn Dernburg bald darauf lehrt: „Die Vertragsstrafe soll die Befriedigung des Gläubigers herbeiführen. Doppelte Befriedigung soll sie ihm nicht verschaffen." Dies ist allerdings der Sinn von § 340 Abs. 1. Soll aber § 340 Abs. 1 gerade nur doppelte Befriedigung versagen und 1⁴/₅ Befriedigung gestatten? Man wird daher annehmen müssen, daß B. wegen der fehlenden 20 Ctr. die Strafe selbst dann nicht fordern kann, wenn er auf der Lieferung der restlichen 20 Ctr. nicht besteht. Zu bemerken ist noch, daß allerdings die Auslegung möglich ist, daß A. für jeden nicht gelieferten Centner 10 Mk. Strafe entrichten solle. Dann könnte B. 200 Mk. Strafe fordern.

[13]) Das Gesetz betr. die vertragsmäßigen Zinsen vom 14. November 1867 ist aufgehoben (EG. Art. 39). — Auf eine von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes versprochene Vertragsstrafe findet § 343 keine Anwendung, es sei denn, daß es sich um einen Minder-Kaufmann handelt (§§ 348, 351 HGB.).

[14]) „Kann" hat auch hier, da es von einer Behörde gebraucht ist, die Bedeutung, wie sie oben § 11 Anm. 3 angegeben ist, d. h. wenn der Richter nach sorgfältiger Prüfung der Sachlage zu der Ueberzeugung gelangt ist, daß alle Voraussetzungen des § 343 vorliegen, so muß er dem Antrag auf Herabsetzung der Strafe stattgeben. — Selbstverständlich ist, daß unter den Voraussetzungen des § 138 Abs. 2 (des Wuchers) die Vereinbarung der Vertragsstrafe nichtig ist.

Der Schuldner muß also darthun, daß auch solche idealen Interessen nicht vorhanden sind oder daß sie die Höhe der Strafe nicht rechtfertigen. Da ein Affektionswerth sich in der Regel einer objektiven Schätzung entzieht, so wird beim Vorhandensein eines solchen die Ermäßigung nur in seltenen, ganz besonders gearteten Fällen eintreten können.[15])

b) Da nur eine verwirkte Strafe herabgesetzt werden kann, so ist vor der Verwirkung eine Klage auf Herabsetzung der nur vereinbarten Strafe unter allen Umständen unzulässig. Nach der Verwirkung der Strafe kann der Schuldner entweder auf Herabsetzung klagen oder die Klage des Gläubigers abwarten und dieser gegenüber die Herabsetzung beantragen.[16]) Die Klage auf Herabsetzung der Strafe ist keine Feststellungsklage im Sinne des § 256 CPO., denn das Urtheil stellt kein Rechtsverhältniß fest, es wirkt nicht deklarativ, sondern konstitutiv. Die Klage ist also zulässig, auch wenn die Voraussetzungen des § 256 CPO. nicht vorliegen.[17])

c) Ist die Strafe entrichtet, so ist die Herabsetzung ausgeschlossen (§ 343 Abs. 1 S. 2). Entrichtet im Sinne des Gesetzes ist die Strafe jedoch nur, wenn sie freiwillig bezahlt ist. Hat sich z. B. der Schuldner bei der Vereinbarnng der Strafe der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen und hat der Gläubiger auf Grund dieses Schuldtitels die Strafe beigetrieben, so ist die Ermäßigung nicht ausgeschlossen[18]).

d) Das Ermäßigungsrecht findet auch Anwendung, wenn eine Strafe für den Fall versprochen ist, daß man eine Handlung vornimmt oder unterläßt, wo also die Vereinbarung einer Vertragsstrafe im eigentlichen Sinne nicht vorliegt[19]).

Fünfter Titel.

Rücktritt.

§ 102.

Das BGB. enthält in den §§ 346—361 allgemeine Vorschriften über den vertragsmäßig vorbehaltenen Rücktritt vom Vertrage. Die Vor-

---

[15]) „Dabei lasse sich erwarten, daß der deutsche Richter von dem Ermäßigungsrecht einen nicht zu weit gehenden Gebrauch machen werde, so daß man nicht etwa eine Beförderung der Vertragsuntreue von der Vorschrift zu befürchten brauche." (Prot. I S. 785).

[16]) Daß hierzu eine Widerklage nöthig sei, wie Schollmeyer (Anm. 2a zu § 348) annimmt, dürfte nicht zutreffend sein. Die Herabsetzung „durch Urtheil" erfolgt auch in der Weise, daß der Richter dem Kläger nur einen Theil zuspricht und ihn mit einem Theile abweist. Ebenso Oertmann Anm. 3 zu § 343.

[17]) Folgt man der Judikatur des RG. bei Schadensersatzklagen (s. besonders RG. Bd. 21 S. 387, v. Wilmowsky und Levy § 230 Anm. 6), so wird man es auch nicht für erforderlich erachten, daß der Schuldner den Betrag, auf den die Strafe herabgesetzt werden soll, ziffermäßig in seinem Antrag angiebt, wenn die Klage nur alle die Faktoren enthält, auf Grund deren der Richter den angemessen Betrag festsetzen kann.

[18]) Ebenso kann von einer Entrichtung nicht die Rede sein, wenn der Gläubiger seine Forderung auf die Vertragsstrafe gegen eine Forderung des Schuldners aufrechnet. Erklärt dagegen der Schuldner die Aufrechnung, so hat er die Strafe entrichtet. Darüber, daß die Entrichtung im Sinne des § 343 Abs. 1 S. 3 die Verwirkung der Strafe voraussetzt, s. oben § 100 Anm. 3.

[19]) Vergl. oben Anm. 4.

schriften gelten für jeden bei einem obligatorischen Vertrage[1]) vereinbarten Vorbehalt des Rücktritts (§ 346; lex commissoria, kassatorische Klausel, pactum displicentiae, in diem addictio u. s. w.). Ihr Anwendungsgebiet ist jedoch noch dadurch bedeutend erweitert, daß sie auch auf das gesetzliche Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen (§ 327), auf die Wandelung (§§ 467, 493, 634 Abs. 4) sowie auf die Ablehnung der Leistung und den Schadensersatzanspruch in den Fällen der §§ 280 Abs. 2, 286 Abs. 2 entsprechend anzuwenden sind (vergl. auch §§ 480, 527 Abs. 1, 555, 628 Abs. 1).

Die Gestaltung des vertragsmäßig vorbehaltenen Rücktrittsrechts ist nach den §§ 346—361 folgende:

I. Voraussetzung des Rücktrittsrechts[2]) ist, daß der Rücktritt im Vertrage vorbehalten ist. In zwei Fällen ist dies auf Grund einer vom Gesetze gegebenen Auslegungsregel beziehungsweise dispositiven Vorschrift anzunehmen.

§ 361. 1. Bei gegenseitigen Verträgen, bei denen vertragsmäßig die Leistung des einen Theiles genau zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist bewirkt werden soll (Fixgeschäften), gilt der Vorbehalt des Rücktritts im Zweifel als vereinbart für den Fall, daß die Leistung nicht zu der bestimmten Zeit oder innerhalb der bestimmten Frist erfolgt (§ 361). Das Rücktrittsrecht[3]) ist hier unabhängig davon, ob die Nichterfüllung auf einem Verschulden beruht und ob der Gläubiger noch ein Interesse an der Erfüllung hat. Im Falle der schuldhaften Nichterfüllung stehen dem nichtsäumigen Theile außerdem die Rechte aus § 326 zu. Wird das Rücktrittsrecht ausgeübt, so richtet sich der Anspruch auf Rückgewähr der empfangenen Leistungen nach den §§ 346 ff.[4]).

---

[1]) Die Vorschriften der §§ 346 ff. gelten nur für Schuldverhältnisse. Doch kann ihre Anwendung auf einen sachenrechtlichen Vertrag vereinbart werden. Vergl. Planck Vorbemerkung 4 vor §§ 346 ff., Schollmeyer Vormerkung vor §§ 346 ff.

[2]) Zu unterscheiden von dem Rücktritte sind Kündigung und Widerruf. Die Kündigung hebt das Rechtsverhältniß nur für die Zukunft auf, beim Rücktritt erlischt es auch für die Vergangenheit. Der Widerruf kann eine verschiedene Bedeutung haben. Er kann einer Kündigung gleichstehen, wie der Widerruf einer Vollmacht, er kann aber auch die gänzliche Unwirksamkeit des Geschäfts, auch für die Vergangenheit, zur Folge haben, wie z. B. der Widerruf des Stiftungsgeschäfts (§ 81 Abs. 2), der Widerruf einer Schenkung (§ 530). Aber auch in letzterem Falle hat der Widerruf nicht die rechtliche Bedeutung des Rücktritts. Die Verpflichtung zur Herausgabe des auf Grund des widerrufenen Geschäfts Geleisteten bestimmt sich nach den §§ 812 ff., nicht nach den §§ 346 ff. Vergl. hierzu Planck Vorbemerkung 5 vor §§ 346 ff., Schollmeyer Vorbemerkung vor §§ 346 ff., Oertmann Vorbemerkung 1 vor §§ 346 ff.

[3]) Es kann auch Erfüllung verlangt werden. Anders nach § 376 Abs. 1 S. 2 HGB. Danach kann der nicht säumige Theil Erfüllung bei Fixgeschäften nur beanspruchen, wenn er sofort nach dem Ablaufe der Zeit oder der Frist dem Gegner anzeigt, daß er auf Erfüllung bestehe. a) C. kauft von D. ein Grundstück, dessen Auflassung nach dem Vertrage spätestens am 1. Juli erfolgen soll, spätere Auflassung ist ausgeschlossen. D. will am 1. Juli auflassen, dies kann aber nicht geschehen, weil der Grundbuchrichter erkrankt und Vertretung nicht vorhanden ist. C. kann zurücktreten. Zur Ausübung dieses Rechtes kann ihm D. sofort eine Frist bestimmen. C. kann aber, auch wenn er keinerlei Erklärung abgiebt, immer noch die Auflassung verlangen. b) Getreidehändler E. kauft von F. 100 Tonnen Mais aus dem von New-York nach Hamburg schwimmenden Dampfer Bohemia, lieferbar bis Ende September unter Ausschluß jeder Nachfrist. Der Dampfer war zwar rechtzeitig abgegangen, langt aber in Folge eines Unfalls erst Mitte October in Hamburg an. Auch hier kann E. vom Vertrage zurücktreten. Erfüllung kann er aber nur verlangen, wenn er dies sofort am 1. October dem F. anzeigt.

[4]) Dies ergiebt sich aus der Stellung des § 361. Nach dem E. II (§ 279) bezog sich die Vorschrift des jetzigen § 327 S. 2 hauptsächlich auf § 361 (E. II § 278). Für den Fall, daß bei Fixgeschäften der Gläubiger zurücktritt, ohne daß ein Verzug vorliegt,

2. Ist im Vertrage vorbehalten, daß der Schuldner seiner Rechte aus dem Vertrage verlustig sein solle, wenn er seine Verbindlichkeit nicht erfüllt (kassatorische Klausel, lex commissoria), so hat diese Vereinbarung nur die Wirkung, daß der Gläubiger im Falle der Nichterfüllung zum Rücktritte vom Vertrage berechtigt ist (§ 360). Die Rechtsverwirkung tritt also weder unmittelbar noch mit dinglicher Wirkung ein. Es hängt vom Gläubiger ab, ob er die Rechtsverwirkung herbeiführen will oder nicht; er kann auch beim Vertrage stehen bleiben. Tritt er zurück, so entsteht dadurch nur ein Anspruch auf Rückgewähr der empfangenen Leistungen[5]). Die Vorschrift des § 360 ist aber nur eine dispositive; die Parteien können über den Eintritt der Rechtsverwirkung und ihre Wirkung andere Bestimmungen treffen[6]). **§ 360.**

Ob das Rücktrittsrecht hier eine verschuldete Nichterfüllung voraussetzt, ist Frage der Auslegung im einzelnen Falle[7]).

II. 1. Ist für die Ausübung des Rücktritsrechts von den Parteien eine Frist vereinbart, so muß es innerhalb der Frist ausgeübt werden; anderenfalls erlischt es. Ist eine Frist nicht vereinbart, so kann der andere Theil dem Rücktrittsberechtigten eine angemessene Frist bestimmen[8]). Dann erlischt das Rücktrittsrecht, wenn der Rücktritt nicht vor dem Ablaufe der Frist erklärt wird (§ 355)[9]). **§ 355.**

Der Verjährung unterliegt das Rücktrittsrecht nicht, da es kein Anspruch ist[10]).

2. Das Rücktrittsrecht wird ausgeübt durch Erklärung des Rücktritts gegenüber dem anderen Theile (§ 349). **§ 349.**

Die Erklärung bedarf keiner Annahme seitens des Anderen, sie ist unwiderruflich. Das Rücktrittsrecht ist aktiv und passiv untheilbar; es kann daher, wenn bei einem Vertrag auf der einen oder anderen Seite Mehrere betheiligt **§ 356.**

---

sollte der Andere nur nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung haften. In Folge der Umstellung des § 361 (aus dem Titel über den gegenseitigen Vertrag in den über den Rücktritt) findet aber § 327 S. 2 nunmehr auf § 361 keine Anwendung. § 327 S. 2 ist in Folge dessen von geringer Bedeutung. In den Fällen der §§ 325 Abs. 1, 326 erfolgt der Rücktritt stets wegen eines Umstandes, den der Andere zu vertreten hat. Auch in dem Falle des § 325 Abs. 2 wird der Schuldner meist im Verzuge sein. Wird hier die Leistung während der Nachfrist in Folge eines Umstandes unmöglich, den der Schuldner nicht zu vertreten hat (§ 287 S. 2), so haftet er schon nach § 323 Abs. 3 nur nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung. Von Wichtigkeit kann § 327 S. 2 im Falle des § 636 Abs. 1 S. 1 sein.

[5]) Siehe im Texte unter III S. 401.

[6]) Wenn in einem Vergleich über eine unstreitige Forderung (§ 779 Abs. 2) dem Schuldner Theilzahlungen bewilligt sind mit der Maßgabe, daß bei nicht pünktlicher Leistung einer Theilzahlung der Vergleich unwirksam, der Schuldner also der Rechte aus dem Vergleiche verlustig sein soll, so findet § 360 Anwendung. Eintretenden Falles bleibt der Vergleich bestehen, wenn nicht der Gläubiger seinen Rücktritt erklärt. Hat in einem Vergleich über eine streitige Forderung der Schuldner den Anspruch anerkannt und der Gläubiger ihm Theilzahlungen bewilligt mit der Maßgabe, daß bei nicht pünktlicher Leistung einer Theilzahlung die ganze Schuld sofort fällig sein soll, so findet § 360 keine Anwendung, da hier ausdrücklich vereinbart ist, daß Folge der Nichterfüllung das Recht des Gläubigers auf sofortige Leistung der ganzen Schuld, nicht ein Rücktrittsrecht sein soll.

[7]) M. II S. 286, KB. zu § 355 E. IV, Planck Anm. zu § 360. Cosack I § 112 S. 362 unter 2 b hält den Rücktritt stets, auch bei schuldloser Nichterfüllung, für zulässig.

[8]) Sind Mehrere als Rücktrittsberechtigte am Vertrage betheiligt (§ 356), so muß die Frist allen bestimmt werden; vergl. unter 2 des Textes.

[9]) Ueber den Fall, daß die bestimmte Frist nicht angemessen war, siehe oben § 75 Anm. 11 S. 300.

[10]) Siehe oben § 25 S. 118. Ueber den Anspruch aus dem erfolgten Rücktritte siehe im Texte unter III, 4 S. 403.

sind, nur von allen und nur gegen alle ausgeübt werden (§ 356 S. 1) und es erlischt für alle Berechtigten, wenn es für einen erlischt (§ 356 S. 2)[11].

3. Mit der Erklärung ist der Rücktritt wirksam. Doch macht das Gesetz hiervon zwei Ausnahmen:

§ 357. a) Ist der Rücktritt für den Fall vorbehalten, daß der Andere seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, und steht in diesem Falle dem Schuldner eine Gegenforderung zu, durch deren Aufrechnung er sich befreien konnte, so ist der Rücktritt unwirksam, wenn der Schuldner unverzüglich (§ 121 Abs. 1) nach dem Rücktritte die Aufrechnung erklärt (§ 357).

§ 359. b) Ist der Rücktritt gegen Zahlung eines Reugeldes vorbehalten[12], so ist er unwirksam, wenn das Reugeld nicht vor oder bei der Erklärung entrichtet wird, der andere Theil deshalb die Erklärung unverzüglich zurückweist und der Zurücktretende auch nach der Zurückweisung das Reugeld nicht unverzüglich entrichtet (§ 359). Der Andere hat also die Wahl, ob er den Rücktritt gelten lassen und das Reugeld fordern oder ob er Erfüllung verlangen will.

4. In wie weit der Berechtigte das Rücktrittsrecht noch ausüben kann, wenn er Erfüllung verlangt oder angenommen oder selbst erfüllt hat, ist nach den Umständen des einzelnen Falles zu entscheiden. Es kommt darauf an, ob in dem Verhalten des Berechtigten ein Verzicht auf die Ausübung des Rücktrittsrechts zu finden ist.

§§ 350, 351. 5. Nicht unbedingte Voraussetzung für die Ausübung des Rücktrittsrechts[13]) ist, daß der Zurücktretende den Gegenstand, den er etwa auf Grund des Vertrags empfangen hat, zurückgewähren kann. Vielmehr trägt der andere Theil die Gefahr des Unterganges und der Verschlechterung des zurückzugewährenden Gegenstandes. Der Rücktritt wird also dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Gegenstand durch Zufall verschlechtert oder untergegangen oder daß seine Herausgabe sonst durch Zufall unmöglich geworden ist (§§ 350, 351). Anders, wenn ein Verschulden des zum Rücktritte Berechtigten, seines gesetzlichen Vertreters oder einer Person vorliegt, deren er sich zur Erfüllung seiner für den Fall des Rücktritts bestehenden Verbindlichkeit bedient, bis zur Rückgewähr des Gegenstandes für dessen Erhaltung zu sorgen[14]) (§§ 351 S. 2, 278). Dann gilt folgendes:

a) Der Untergang des ganzen Gegenstandes oder die anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe schließen den Rücktritt aus (§ 351 S. 1).

---

[11]) Wenn von drei Rücktrittsberechtigten nur zwei den Rücktritt vor Ablauf der Frist erklären, so ist das Rücktrittsrecht für alle erloschen. — Die Vorschrift des § 356 kommt auch dann zur Anwendung, wenn eine Personenmehrheit erst nachträglich, z. B. durch Erbfall, bei dem Vertrage betheiligt ist, da das Gesetz eine Ausnahme für diesen Fall nicht vorschreibt. So zutreffend Schollmeyer Anm. 3 zu § 356 gegen Planck Anm. zu § 356.

[12]) Siehe oben § 100 unter 2 S. 392.

[13]) Es ist zu unterscheiden zwischen Erlöschen des Rücktrittsrechts (§§ 355 S. 2 und 356 S. 2) und Unzulässigkeit der Ausübung des Rücktrittsrechts („der Rücktritt ist ausgeschlossen" §§ 350—353). Letzteren Falles bleibt das Recht selbst bestehen: es kann möglicher Weise noch ausgeübt werden, wenn die Gründe, welche den Rücktritt ausschlossen, fortfallen. Es kauft z. B. Jemand einen Ring mit zwei kostbaren Steinen und behält sich vor, innerhalb 6 Monate vom Kaufe zurückzutreten. Wenn er durch eigene Unachtsamkeit einen der Steine verliert, so ist, da der Ring wesentlich verschlechtert ist, der Rücktritt ausgeschlossen (§ 351), nicht aber das Rücktrittsrecht erloschen. Gelingt es dem Käufer, den Stein durch einen anderen von gleicher Beschaffenheit zu ersetzen, so kann der Rücktritt — innerhalb der Frist — noch erfolgen.

[14]) Siehe oben § 84 S. 327.

b) Der Untergang eines erheblichen Theiles gilt als eine wesentliche, der eines unerheblichen Theiles als eine unwesentliche Verschlechterung (§ 351 Satz 2).

c) Eine wesentliche Verschlechterung schließt den Rücktritt aus, eine unwesentliche dagegen nicht (§ 351 S. 1). Jedoch verpflichtet die Letztere zum Schadensersatze (§ 347).

d) Die Umgestaltung der empfangenen Sache in eine Sache anderer Art durch Verarbeitung oder Umbildung steht dem verschuldeten Untergange gleich; sie schließt den Rücktritt aus (§ 352). Gleichgültig ist es, ob die Umgestaltung auf einem Verschulden beruht oder nicht und ob sie durch den Berechtigten selbst, seinen gesetzlichen Vertreter oder eine Hülfsperson im Sinne des § 278 erfolgt. Auch die Umgestaltung eines erheblichen Theiles schließt den Rücktritt aus[15]. **§ 352.**

e) Dagegen wird die Ausübung des Rücktrittsrechts an sich nicht gehindert durch eine Veräußerung des Gegenstandes oder durch dessen Belastung mit dem Rechte eines Dritten oder durch eine Verfügung, die über den Gegenstand im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt. Selbst wenn der Gegenstand bei dem Dritten, der ihn in Folge der Verfügung erlangt hat, zufällig untergeht oder verschlechtert wird, so steht dies dem Rücktritte nicht entgegen. Nur dann ist der Rücktritt ausgeschlossen, wenn der Dritte die wesentliche Verschlechterung, den Untergang oder die anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe des Gegenstandes verschuldet oder die empfangene Sache umgestaltet hat (siehe unter a bis d; § 353). Das eigene Verschulden des Berechtigten schließt auch nach der Veräußerung, Belastung u. s. w. nach Maßgabe des § 351 den Rücktritt aus[16]. **§ 353.**

6. Die Beweislast für den Vorbehalt des Rücktrittsrechts trifft den Zurücktretenden[17]. Ist der Rücktritt für den Fall der Nichterfüllung einer Verbindlichkeit des anderen Theiles vorbehalten, so hat der Andere, wenn er die Zulässigkeit des Rücktritts bestreitet, weil er erfüllt habe, die Erfüllung zu beweisen, falls nicht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen besteht (§ 358). **§ 358.**

III. Die Wirkung des vollzogenen Rücktritts besteht darin, daß das Schuldverhältniß ex tunc erlischt[18]. Ein Anspruch auf Erfüllung kann nicht mehr geltend gemacht werden, die Parteien sind verpflichtet, die bereits empfangenen Leistungen einander zurückzugewähren (§ 346 S. 1). Der Rücktritt erzeugt hiernach lediglich obligatorische Wirkungen[19]. Die Rechte, welche Dritte in der Zwischenzeit an dem zurückzugewährenden Gegenstand erlangt haben, werden nicht berührt. **§ 346.**

1. Für die Rückgewähr gilt der Grundsatz, daß die Parteien thunlichst

---

[15]) Vergl. Prot. VI S. 163, Planck Anm. zu § 352, Schollmeyer Anm. 1 u. 2 zu § 352, Oertmann Anm. 1 zu § 352.

[16]) Siehe im Uebrigen über die Wirkungen des erfolgten Rücktritts im Falle der Veräußerung unter III, 3, b S. 403.

[17]) Ebenso Dernburg II § 108 XI, Schollmeyer Anm. zu § 358. Vergl. Planck Anm. 2 zu § 358.

[18]) Planck Vorbemerkung 2a zu §§ 346 ff., Schollmeyer Anm. 2 zu § 346, Oertmann Vorbemerkung 2 vor §§ 346 ff. A. M. Dernburg II § 107 V, nach dem der Rücktritt nur eine Einrede gewährt.

[19]) Da die Vorschriften über den Rücktritt dispositiver Natur sind, so können die Parteien einen Rücktritt auch mit der Wirkung einer auflösenden Bedingung (§ 158 Abs. 2) vereinbaren. Zwingende Vorschriften über den Rücktritt enthält das Reichsgesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte vom 16. 5. 1894.

in die Lage zurückversetzt werden sollen, die bestehen würde, wenn der Vertrag nicht geschlossen wäre. Deshalb gehört zur Rückgewähr auch die Befreiung von den in Folge des Vertrags übernommenen Verbindlichkeiten sowie die Vergütung für geleistete Dienste und für die Ueberlassung der Benutzung einer Sache. Als Vergütung ist die im Vertrag in Geld bestimmte Gegenleistung zu entrichten. War die Gegenleistung im Vertrage nicht in Geld oder überhaupt nicht bestimmt, so ist der gemeine Werth der Dienste oder der Benutzung der Sache zu vergüten (§ 346 S. 2).

§ 347. Jeder Theil muß von Anfang an mit der Möglichkeit rechnen, daß er in Folge des Rücktritts verpflichtet wird, die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Beide befinden sich daher in ähnlicher Lage wie der Besitzer einer fremden Sache gegenüber dem Eigenthümer während der Rechtshängigkeit des Eigenthumsanspruchs[20]). Deswegen bestimmen sich im Falle des Rücktritts vom Vertrage[21]) vom Empfange der Leistung an[22]) der Anspruch auf Schadensersatz wegen Verschlechterung, Unterganges oder einer aus einem anderen Grunde eintretenden Unmöglichkeit der Herausgabe sowie der Anspruch auf Herausgabe oder Vergütung von Nutzungen und auf Ersatz von Verwendungen nach den Vorschriften über das Rechtsverhältniß zwischen Besitzer und Eigenthümer von der Rechtshängigkeit des Eigenthumsanspruchs an (§§ 987 ff.). Eine Geldsumme ist mit Zinsen von der Zeit des Empfanges an zurückzugewähren (§ 347).

§ 348. 2. Die Verpflichtungen der Parteien aus dem Rücktritte sind Zug um Zug zu erfüllen; die §§ 320, 322 finden entsprechende Anwendung (§ 348)[23]). Wenn der Zurücktretende mit der Rückgewähr des empfangenen

§ 354. Gegenstandes[24]) oder eines erheblichen Theiles in Verzug kommt, so kann[25]) ihm der Andere eine angemessene Frist bestimmen mit der Erklärung, daß er nach Ablauf der Frist die Annahme ablehne. Erfolgt dann vor dem Ablaufe der Frist die Rückgewähr nicht, so wird der Rücktritt mit dem Ablauf unwirksam (§ 354); der Vertrag bleibt also bestehen.

3. Nach den Ausführungen unter II, 5 und III, 1—2 gilt für den zufälligen Untergang, die zufällige wesentliche Verschlechterung sowie die Veräußerung und Belastung des zurückzugewährenden Gegenstandes folgendes:

a) Der zufällige Untergang (oder die anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe) des von dem Berechtigten zurückzugewährenden Gegenstandes schließt den Rücktritt nicht aus. Erfolgt der Rücktritt, so hat der Andere zurückzugewähren, ohne daß er seinerseits Ersatz verlangen kann (§ 989, vergl. jedoch § 281). Ist der Gegenstand durch Zufall wesentlich verschlechtert, so hat der Zurücktretende nur den verschlechterten Gegenstand zurückzugewähren, während er die ganze Gegenleistung zurückfordern kann. Ist der von dem

---

[20]) M. II S. 281, 282, D. S. 79.

[21]) Wenn der Rücktritt erklärt ist, so ist die Frage, welche Folgen eine Verschlechterung, der Untergang oder die anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe des empfangenen Gegenstandes hat, für die Zeit vor der Erklärung nach § 351, von diesem Zeitpunkt an nach § 347 zu beantworten. Im Falle des § 351 ist die Rücktrittserklärung unwirksam, im Falle des § 347 tritt nur eine Schadensersatzpflicht ein.

[22]) Ist das Rücktrittsrecht erst nachträglich vereinbart, so tritt die Zeit der Vereinbarung an Stelle der Zeit des Empfanges der Leistung. Schollmeyer Anm. 1 zu § 347.

[23]) Siehe oben § 96 S. 371 ff.

[24]) Beim Verzug in der Erfüllung anderer Verbindlichkeiten (vergl. z. B. §§ 346 S. 2, 347) kommt § 354 nicht zur Anwendung.

[25]) Der andere Theil kann auch bei dem Rücktritte stehen bleiben und Erfüllung der Verpflichtungen aus diesem verlangen.

anderen Theile zurückzugewährende Gegenstand zufällig untergegangen oder wesentlich verschlechtert, so muß der zum Rücktritte Berechtigte das Empfangene zurückgewähren, ohne Ersatz beanspruchen zu können. Doch wird er in diesem Falle von dem Rücktrittsrecht in der Regel keinen Gebrauch machen.

b) Die Veräußerung (oder Belastung) des empfangenen Gegenstandes seitens des Berechtigten schließt den Rücktritt nicht aus. Erfolgt dieser aber, so muß der Zurücktretende den Gegenstand zurückgewähren. Kommt er hiermit in Verzug, so wird der Rücktritt unter den Voraussetzungen des § 354 (siehe unter Nr. 2) wieder unwirksam. Der Zurücktretende muß also den Gegenstand sich rechtzeitig wieder verschaffen beziehungsweise das Recht des Dritten beseitigen. Geht der Gegenstand bei dem dritten Erwerber durch Zufall unter, so hat (wie im Falle a), wenn der Rücktritt erfolgt, der Andere dem Rücktrittsberechtigten die empfangenen Leistungen ohne Ersatzanspruch zurückzugewähren[26]).

4. Die Ansprüche auf Rückgewähr nach erfolgtem Rücktritt unterliegen der ordentlichen Verjährung.

Sechster Titel.

Das Erlöschen der Schuldverhältnisse.

§ 103. Das Erlöschen im Allgemeinen.

I. Das Erlöschen eines Schuldverhältnisses tritt dann ein, wenn die durch das Schuldverhältniß begründete Forderung zu bestehen aufhört[1]). Es gehört zum Begriffe des Erlöschens, daß eine Forderung rechtswirksam entstanden[2]) ist und daß diese Forderung in Folge des Erlöschungsgrundes kraft Gesetzes (ipso jure) ihr Ende erreicht, auch wenn der Schuldner sich nicht auf den Erlöschungsgrund beruft. Es ist somit das Erlöschen einerseits vom Vorliegen solcher Thatsachen zu unterscheiden, welche die Entstehung eines Schuldverhältnisses hindern (rechtshindernde Thatsachen, z. B. Mangel der vorgeschriebenen Form, Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot, gegen die guten Sitten), andererseits von der Einrede, die an sich die Existenz der Forderung nicht berührt, sondern nur dem Schuldner das Recht giebt, die Erfüllung zu verweigern[3]).

[26]) A. und B. schließen einen Tauschvertrag: A. erhält von B. ein Pferd, B. von A. ein Rind; A. behält sich den Rücktritt binnen 4 Wochen vor. Wenn der Rücktritt erfolgt, so geht das Eigenthum nicht von selbst wieder auf den Anderen über; jeder hat nur einen persönlichen Anspruch auf Rückgabe. — Kurze Zeit nach dem Tausche fällt das Pferd durch einen Zufall. A. tritt zurück und erhält das Rind ohne Gegenleistung zurück. Hatte er das Pferd versichert, so muß er den Anspruch auf die Versicherungssumme an B. abtreten (§ 281). War das Rind gefallen und tritt A. zurück, so müßte er das Pferd ohne Gegenleistung herausgeben. — A. verkauft das Pferd an C. und behält sich auch hier den Rücktritt bis zum Ablaufe der vier Wochen vor. Geht das Pferd bei C. durch Zufall unter und tritt A. von dem Vertrage mit B. zurück, nicht aber von dem mit C., so behält er den von C. gezahlten Kaufpreis und erhält von B. das Rind ohne Gegenleistung zurück; ein wenig befriedigendes Resultat. Auf Grund des § 281 kann B. Rechte auf den von C. gezahlten Kaufpreis nicht geltend machen, weil diesen A. nicht in Folge des Umstandes erhalten hat, der die Rückgabe des Pferdes unmöglich macht.

[1]) Wenn ein Schuldverhältniß eine Mehrheit von Ansprüchen erzeugt (vergl. oben § 60 unter A I (S. 230) und § 84 Anm. 11), so erlischt das ganze Schuldverhältniß erst, wenn sämmtliche einzelne Ansprüche erloschen sind.

[2]) Es ist daher nicht zutreffend, wenn Dernburg II § 112 die Anfechtung eines anfechtbaren Geschäfts zu den Erlöschungsgründen rechnet, denn da in Folge der Anfechtung das Geschäft als von Anfang an nichtig angesehen wird (§ 142), so hat in Wirklichkeit eine Forderung nie bestanden.

[3]) Vergl. über den Begriff der Einrede oben § 63 unter I, 1 (S. 247).

26*

II. Das Erlöschen eines Schuldverhältnisses in dem erörterten Sinne tritt aus zahlreichen Gründen ein. In Betracht kommen außer den im Gesetze speziell behandelten Erlöschungsgründen (Erfüllung, Hinterlegung, Aufrechnung und Erlaß) insbesondere folgende[4]):

1. Die Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit in derselben Person. Das Schuldverhältniß setzt begrifflich zwei Personen, einen Gläubiger und einen Schuldner voraus. Es kann Niemand sein eigener Gläubiger, Niemand sein eigener Schuldner sein[5]). Daher müssen in Folge der Vereinigung, gleichgültig, auf welchem Grunde (Erbgang oder Erwerb unter Lebenden) sie beruht, das Schuldverhältniß und mit ihm die Nebenrechte, die ohne das Bestehen des Schuldverhältnisses selbst nicht bestehen können, wie Bürgschaft und Pfandrecht, untergehen[6]).

2. Der Tod des Gläubigers oder des Schuldners hat das Erlöschen des Schuldverhältnisses regelmäßig nicht zur Folge, Recht und Pflicht gehen vielmehr auf die Erben über. Ausnahmen treten nur auf Grund besonderer gesetzlicher Vorschrift[7]), auf Grund von Parteiabrede oder nach der Natur der Leistung ein, wenn letztere durch einen Anderen als den ursprünglichen Schuldner oder an einen Anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung des Inhalts der Leistung erfolgen kann (vergl. § 399).

3. Durch die Uebereinkunft der Parteien (contrarius consensus) kann, dem Prinzipe der Vertragsfreiheit entsprechend, ein jedes Schuldverhältniß mit der Wirkung aufgehoben werden, daß ein unmittelbares Erlöschen des Schuldverhältnisses eintritt. Soweit die Leistung noch nicht bewirkt ist, stellt sich die Vereinbarung als ein Erlaßvertrag, bei gegenseitigen Verträgen als ein gegenseitiger Erlaß dar. Inwieweit die schon bewirkte Leistung zurückzugewähren ist, hängt von der Vereinbarung der Parteien ab[8]).

---

[4]) Das Erlöschen tritt auch ein mit dem Eintritt einer auflösenden Bedingung (§ 158 Abs. 2) und eines Endtermins (§ 163). Auch der Rücktritt von einem Vertrage bewirkt ein Erlöschen des Schuldverhältnisses (§ 346 ff., vergl. oben § 102 unter III (S. 401). Den Einfluß des sog. concursus duarum causarum lucrativarum behandelt das Gesetz nicht. Ist Gegenstand des Schuldverhältnisses eine species, so wird die Leistung dadurch, daß der Gläubiger sie bereits auf anderem Wege erhalten hat, unmöglich. Es werden somit die Grundsätze von der Unmöglichkeit der Leistung Platz greifen. Daneben ist es Auslegungsfrage, inwieweit der Schuldner dadurch, daß der Gläubiger den Gegenstand der Leistung auf andere Weise erlangt, frei werden soll. Vergl. M. II S. 80, Endemann I § 741 Anm. 23, Schollmeyer Vorbem. vor § 362. Die Novation ist im Gesetze gleichfalls nicht behandelt. Daß durch Parteiabrede wirksam ein Schuldverhältniß aufgehoben und ein neues an dessen Stelle gesetzt werden kann (vergl. §§ 364, 607 Abs. 2), kann nach dem Grundsatze der Vertragsfreiheit nicht zweifelhaft sein. Meist wird zur Erreichung dieses Zweckes das abstrakte Schuldversprechen (§§ 780, 781) gewählt werden. Vergl. M. II S. 78, 79, Dernburg II §§ 120, 121.

[5]) Hierauf beruht die vernichtende Wirkung der Vereinigung, eine Erfüllung stellt sie nicht dar; hieraus erklärt sich § 425 Abs. 2. (Vergl. M. II S. 117.) Anders dagegen § 429 Abs. 2.

[6]) Der Grundsatz selbst ist im Gegensatze zu E. I § 291 im Gesetz als selbstverständlich (vergl. Prot. I S. 376) nicht ausgesprochen. — Die Ausnahmen, welche in den §§ 1976, 1991 Abs. 2, 2143, 2175 und 2377 vorgeschrieben sind, beruhen darauf, daß in diesen Fällen die Vereinigung keine definitive ist, vielmehr wieder eine Trennung eintritt. — Für dingliche Rechte an Grundstücken gilt der Grundsatz des § 889. Für Nießbrauch und Pfandrecht an Mobilien vergl. §§ 1063, 1256.

[7]) Vergl. §§ 38, 514, 520, 530, 673, 727, 759, 847, 1061, 1090 Abs. 2, 1300, 1584.

[8]) Vergl. M. II S. 79, 80.

§ 104. Erfüllung.

Das Schuldverhältniß begründet für den Gläubiger das Recht, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Ist diese geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt, so hat das Schuldverhältniß seinen Zweck erfüllt. Den wichtigsten Erlöschungsgrund bildet daher die Erfüllung, d. h. die Bewirkung der geschuldeten Leistung [1]). Die einzelnen Erfordernisse der Erfüllung sind: § 362 Abs. 1.

1. Die Leistung muß an den Gläubiger bewirkt werden.

a) Der Leistung an den Gläubiger steht die an seinen mit Vertretungsmacht versehenen Vertreter gleich [2]). Vertretungsmacht zum Empfange der Leistung hat kraft gesetzlicher Vorschrift der Ueberbringer einer Quittung, gleichgültig, wie er in den Besitz der Quittung gelangt ist. Vorausgesetzt ist, daß die Quittung echt ist. Die Prüfung der Echtheit sowie der Berechtigung des Ausstellers hat der Leistende auf seine Gefahr vorzunehmen. Ebenso ist es selbstverständlich, daß die Ermächtigung nicht weiter geht als der Inhalt der Quittung [3]). Durch die Leistung an den Ueberbringer der Quittung wird der Schuldner dann nicht befreit, wenn ihm Umstände bekannt [4]) sind, welche der Annahme, daß der Gläubiger den Ueberbringer zur Empfangnahme der Leistung ermächtigt habe, entgegenstehen. § 370.

b) Leistet der Schuldner an einen Nichtberechtigten, so kann hierdurch ein Erlöschen des Schuldverhältnisses nur unter den Voraussetzungen eintreten, unter denen die von einem Nichtberechtigten über den Gegenstand eines Anderen getroffene Verfügung wirksam ist. Denn die Empfangnahme der Leistung ist eine Verfügung über die Forderung [5]). Es kommen daher die Vorschriften des § 185 zur Anwendung [6]). § 362 Abs. 2.

c) Ist der Gläubiger nicht oder nur beschränkt geschäftsfähig, so muß die Leistung an seinen gesetzlichen Vertreter erfolgen. Durch die Leistung an den

---

[1]) Zur Terminologie des Gesetzes ist zu bemerken, daß Erfüllung nur die Bewirkung der Leistung selbst und die datio in solutum bedeutet, aber nicht die Erfüllungs-Surrogate, insbesondere die Aufrechnung, mit umfaßt. Vergl. oben § 51 Anm. 6.

[2]) Ob die Vertretungsmacht eines Bevollmächtigten sich auch auf die Empfangnahme der Leistung erstreckt, ist in jedem Falle nach dem Inhalte der Vollmacht zu entscheiden. Das Erforderniß einer Spezialvollmacht stellt das BGB. nicht auf. Vergl. oben § 52 unter 7 (S. 210). In gewissen Fällen ist ein Dritter berechtigt, das Gläubigerrecht auszuüben, vergl. insbes. §§ 1074, 1282, ferner § 835 CPO.

[3]) Der Quittungsüberbringer ist daher als solcher nicht ermächtigt, etwas Anderes an Zahlungsstatt oder Zahlungshalber (z. B. Wechsel) anzunehmen, Stundung zu gewähren u. s. w.

[4]) Das Kennenmüssen steht dem Kennen nicht gleich. Die Bemerkung Dernburgs (II § 114 unter II), „immer vorausgesetzt, daß der Leistende die im Verkehre gewöhnliche Sorgfalt nicht verabsäumte“, erscheint nicht zutreffend. Zu beachten ist jedoch, daß das Gesetz nicht verlangt, daß der Leistende sich darüber klar gewesen ist, daß dem Ueberbringer eine Ermächtigung nicht ertheilt war. Das Gesetz verlangt nur, daß dem Schuldner die Umstände bekannt waren, die — objektiv — der Annahme der Ermächtigung entgegenstehen. Kannte der Leistende die Umstände, so kann er sich nicht damit entschuldigen, daß er aus den Umständen die Folgerung, daß eine Ermächtigung nicht ertheilt sei, nicht gezogen habe. Vergl. Schollmeyer Anm. 1 zu § 370, Planck zu § 370.

[5]) Vergl. oben § 32 unter 4 a (S. 135).

[6]) Vergl. hierüber oben § 57. Ferner M. II S. 85, Prot. I S. 334, 335. Ist vereinbart, daß der Schuldner das Recht haben solle, auch an einen Dritten zu leisten (sog. solutionis causa adjectus), so liegt hierin die Einwilligung des § 185. Die Frage, ob der Gläubiger diese Einwilligung widerrufen könne, entscheidet sich nach § 183. Ist die Bestellung des solutionis causa adjectus im Interesse des Schuldners erfolgt, so wird anzunehmen sein, daß die Einwilligung nicht widerrufen werden kann, es sei denn, daß ein wichtiger Grund vorliegt.

nicht voll geschäftsfähigen Gläubiger wird der Schuldner nicht befreit [7]. Er kann das Geleistete nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung zurückfordern und diesen Anspruch gegen den gegen ihn fortbestehenden Anspruch auf nochmalige Leistung aufrechnen, wenn die Voraussetzungen der Aufrechnung vorliegen.

2. Zur Leistung verpflichtet ist der Schuldner. In wieweit auch ein Dritter die Leistung bewirken kann, bestimmt sich nach den Vorschriften des § 267. Ist hiernach die Leistung von dem Schuldner in Person zu bewirken, so hat die Leistung durch einen Dritten nicht die Wirkung, das Erlöschen des Schuldverhältnisses herbeizuführen. — Auch zur Bewirkung der Leistung ist, soweit hierin eine Verfügung über den Gegenstand der Leistung liegt [8], Geschäftsfähigkeit erforderlich. Hat freilich der Gläubiger nur das erhalten, was er mit Recht zu fordern hatte, so steht der Rückforderung des Geleisteten die exceptio doli entgegen [9].

§ 363. 3. Die Leistung muß quantitativ und qualitativ dem entsprechen, was der Schuldner kraft des Schuldverhältnisses schuldet [10]. Daß dies der Fall ist, hat der Schuldner, der das Erlöschen des Schuldverhältnisses behauptet, zu beweisen. Die Beweislast kehrt sich aber um, wenn der Gläubiger dasjenige, was ihm als Erfüllung angeboten worden ist, als Erfüllung [11] angenommen hat. Zwar ver-

---

[7] Vorausgesetzt wird hierbei, daß zur Bewirkung der Leistung eine Mitwirkung des Gläubigers erforderlich ist. Wo die Leistung sich durch eine einseitige Handlung des Schuldners vollzieht, kommt es auf die Geschäftsfähigkeit des Gläubigers nicht an. Vergl. Oertmann Anm. 4b zu § 362.

[8] Vergl. Oertmann Anm. 4a zu § 362.

[9] Anders, wenn der Schuldner auch nur zur Zeit nicht zu leisten verpflichtet ist. Hat z. B. ein Minderjähriger eine erst in sechs Monaten fällige Schuld schon jetzt bezahlt, so kann sein gesetzlicher Vertreter das Gezahlte zurückfordern. Das Preuß. Recht (ALR. § 171 I 16) schrieb für diesen Fall allerdings vor, daß, falls die Schuld unverzinslich war, der Gläubiger nur die Zinsen für die Zwischenzeit vergüten müsse. Diese Vorschrift war jedoch positiven Rechtes; für das BGB. kann Gleiches nicht angenommen werden. Vergl. Dernburg II § 114 unter 8.

[10] Zur gehörigen Leistung gehört auch, daß sie am richtigen Orte und zur gehörigen Zeit erfolgt (§§ 269, 270, 271). Ist das nicht der Fall, so kann der Gläubiger die Leistung zurückweisen. Hat er sie angenommen, so wird hierin häufig ein Verzicht auf die Leistung am richtigen Orte oder zur gehörigen Zeit zu finden sein. Kann ein solcher Verzicht nach Lage des Falles nicht angenommen werden, so kann der Gläubiger noch sein Interesse geltend machen.

[11] Die Annahme als Erfüllung muß nicht besonders zum Ausdrucke gelangen, sondern wird sich meist nur aus den Umständen ergeben. Andererseits ist es, um die Umkehrung der Beweislast zu verhindern, nicht erforderlich, daß der Gläubiger einen Vorbehalt macht. So wird man insbesondere in den Fällen, in denen nach der Lage der Sache eine Untersuchung, eine Prüfung, eine Nachzählung des Geleisteten seitens des Gläubigers zu erfolgen hat, in der Annahme vor einer solchen Untersuchung noch keine Annahme als Erfüllung sehen können. Hat z. B. der Schuldner dem Gläubiger 6 Dutzend Tischdecken zu liefern und sendet er ihm diese in einem Packete zu, so liegt in der Annahme dieses Packets noch keine Annahme als Erfüllung, weil nach der Verkehrssitte der Gläubiger erst eine Durchzählung vornehmen wird; die Annahme ist gewissermaßen unter dem stillschweigenden Vorbehalte geschehen, daß die Stückzahl stimmt. Läßt aber der Gläubiger das Packet längere Zeit liegen oder öffnet er es und entnimmt ihm einige Stücke, so liegt in solchen Handlungen die Erklärung, daß er das Geleistete als Erfüllung angenommen habe. Stellt sich später heraus, daß einige Stücke gefehlt haben, so muß er dies beweisen. Bei Zahlung einer Geldsumme ist es üblich, daß der Gläubiger sofort nachzählt. Nimmt er eine Summe, die ihm als geschuldeter Betrag gezahlt worden ist, ohne nachzuzählen an, so hat er zu beweisen, wenn er behauptet, es sei weniger gewesen als der geschuldete Betrag.

liert durch eine solche Annahme der Gläubiger in der Regel[12]) die Ansprüche nicht, die ihm aus dem Grunde zustehen, daß die Leistung quantitativ oder qualitativ unvollständig oder daß sie eine andere als die geschuldete war; macht er aber diese Ansprüche geltend, so muß er beweisen, daß das Geleistete dem Geschuldeten nicht entsprochen hat[13]).

4. Zum Erlöschen des Schuldverhältnisses genügt es nicht, daß der Schuldner objektiv das leistet, was er schuldet, er muß vielmehr auch subjektiv die Absicht haben und zum Ausdrucke bringen, das Geschuldete leisten, seine Verbindlichkeit erfüllen zu wollen. Erfolgt die Leistung zu einem anderen Zwecke, so hat sie ein Erlöschen des Schuldverhältnisses nicht zur Folge[14]). Hieraus folgt zugleich, daß der Gläubiger eine Leistung, welche nicht in der Absicht, die Schuld zu tilgen erfolgt ist, eine sog. Zahlung unter Vorbehalt, nicht anzunehmen braucht. Hat er sie angenommen, so ist dadurch eine Veränderung der rechtlichen Verhältnisse nicht eingetreten, insbesondere trifft die Beweislast für das Bestehen der Forderung nach wie vor den Gläubiger[15]).

§ 105. Anrechnung der Leistung bei dem Bestehen mehrerer Forderungen.

§ 366.

I. Da zum Erlöschen eines Schuldverhältnisses durch Bewirkung der Leistung erforderlich ist, daß der Schuldner auch die Absicht hat, zum Zwecke der Tilgung seiner Verbindlichkeit zu leisten[1]), so kann, wenn er mehrere gleichartige Leistungen verschuldet und das zum Zwecke der Erfüllung der Verbindlichkeit Geleistete nicht zur Tilgung sämmtlicher Schulden ausreicht, nur diejenige Forderung erlöschen, die der Schuldner erkennbar hat tilgen wollen. Es ist daher an erster Stelle seine Bestimmung maßgebend[2]). Diese Bestimmung ist ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft. Sie ist wirksam in dem Augenblick, in dem sie dem Gläubiger zugeht. In diesem Augenblick erlischt diejenige Schuld, welche der Schuldner bestimmt hat, auch wenn der Gläubiger thatsächlich von der Bestimmung keine Kenntniß erlangt hat oder mit ihr nicht einverstanden

---

[12]) Nimmt der Gläubiger die unvollständige Leistung unter Kenntniß des Mangels an, so kann hierin unter Umständen ein Verzicht liegen. Vergl. insbesondere für Mängel der Kaufsache, der gemietheten Sache und des Werkes die besonderen Vorschriften des §§ 464, 539, 640 Abs. 2. Vergl. ferner §§ 377, 378 HGB.

[13]) Noch weiter geht die Vorschrift des § 442, welcher bei Mängeln im Rechte der gekauften Sache dem Käufer immer die Beweislast auferlegt, gleichgültig, ob ihm die Sache bereits übergeben ist oder nicht. — Besonders zu beachten ist, daß der § 363 nur eine formale Beweisregel ist, als solche aber auch für den Fall gilt, daß ein minus oder sogar ein aliud geleistet worden ist. Die materiellen Rechte des Gläubigers werden dadurch, daß er die Leistung als Erfüllung angenommen hat, in der Regel nicht geändert. Vergl. insbesondere über die exceptio non rite impleti contractus oben § 96 Anm. 12.

[14]) Aus dem bloßen Umstande, daß A. dem B. eine Summe Geldes geschickt hat, folgt noch nicht, daß er eine Schuld, welche auf Leistung dieser Summe gerichtet war, getilgt hat. Es kann die Uebersendung des Geldes auch einen anderen Zweck gehabt haben. Vergl. Dernburg II § 113 unter I 2. Ist es streitig, ob die Leistung zu dem Zwecke der Tilgung der Schuld erfolgt ist, so trifft die Beweislast den Schuldner.

[15]) Vergl. Dernburg II § 113 unter IV, Schollmeyer Anm. 1 zu § 362.

[1]) Vergl. oben § 104 unter 4.

[2]) Daß die Vorschrift nur dispositiv ist und die Parteien wirksam vereinbaren können, wie Zahlungen, auch zukünftige, angerechnet werden sollen, kann nicht zweifelhaft sein. Ist eine solche Vereinbarung getroffen, so muß eine ihr widersprechende Bestimmung des Schuldners als unwirksam betrachtet werden. Die entgegengesetzte Ansicht Plancks (Anm. 1 zu § 366) entbehrt der Begründung. Vergl. M. II S. 86, Schollmeyer Anm. 1 Abs. 4 zu § 366, Dernburg II § 117 unter II 1.

ist. Ein Recht, der Bestimmung zu widersprechen, steht ihm nicht zu[3]). Auch wenn er erklärt, daß er das Geleistete auf eine andere Forderung verrechnet habe, ist dennoch diejenige, welche der Schuldner bestimmt hat, erloschen.

II. Hat der Schuldner bei der Leistung[4]) eine Bestimmung nicht getroffen, so geht nicht das Bestimmungsrecht auf den Gläubiger über, es greifen vielmehr die gesetzlichen Grundsätze Platz, welche die Anrechnung so vorschreiben, wie sie der Schuldner muthmaßlich gewollt hat. Es wird durch die Leistung zunächst die fällige Schuld getilgt. Sind mehrere fällige Schulden vorhanden[5]), so wird diejenige getilgt, welche dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet. Die Sicherheit einer Forderung wird dadurch erhöht, daß für sie Pfandrecht oder Bürgschaft besteht, oder daß sie einer längeren Verjährungsfrist unterworfen ist[6]). Sind mehrere gleich sichere Forderungen vorhanden, so wird diejenige getilgt, welche dem Schuldner, z. B. in Folge eines höheren Zinsfußes oder der Vereinbarung einer Vertragsstrafe, am lästigsten ist. Sind die Forderungen auch in dieser Hinsicht gleich, so entscheidet das Alter, d. h. die Entstehungszeit der Forderung; sind die Forderungen auch zu gleicher Zeit entstanden, so wird jede verhältnißmäßig getilgt[7]).

§ 367. III. Die Bestimmung des Schuldners ist für die Anrechnung dann nicht maßgebend, wenn der Schuldner außer einer Hauptleistung Zinsen und Kosten zu entrichten hat, und die Leistung zur Tilgung der ganzen Schuld nicht ausreicht. Die Leistung ist dann kraft gesetzlicher Vorschrift zunächst auf die Kosten, dann auf die Zinsen und zuletzt auf die Hauptleistung anzurechnen. Dieser Anrechnungsmodus greift Platz, wenn der Schuldner keine Bestimmung getroffen hat. Hat jedoch der Schuldner eine abweichende Bestimmung getroffen, so steht dem Gläubiger nicht das Recht zu, die Leistung trotz dieser Bestimmung nach der Vorschrift des Gesetzes anzurechnen, er hat vielmehr nur das Recht, die Annahme der Leistung abzulehnen. Nimmt er die Leistung an, so muß er auch die Bestimmung des Schuldners gelten lassen[8]).

---

[3]) Entspricht die Leistung nicht derjenigen Schuld, welche der Schuldner bestimmt hat, so kann der Gläubiger sie natürlich zurückweisen. Es steht ihm aber nicht das Recht zu, aus diesem Grunde das Geleistete auf eine andere Forderung zu verrechnen. Denn die Voraussetzung des Abs. 2, daß der Schuldner keine Bestimmung getroffen hat, liegt nicht vor. Schuldet z. B. A. dem B. 100 aus einem Darlehen und 120 aus einem Kaufe, und zahlt A. 100 auf die Kaufschuld, so kann B. diese Zahlung zurückweisen (§ 266). Er kann aber nicht erklären, daß er die 100 auf die Kaufschuld nicht annehme, weil er eine Theilzahlung nicht gestatte, und daß er daher die 100 auf das Darlehen verrechnet habe. Erklärt er dies, so ist gleichwohl die Kaufschuld in Höhe von 100 getilgt, denn wenn er das Geld behält, so ist seine Erklärung eine protestatio facto contraria.

[4]) Eine nach vollendeter Leistung getroffene Bestimmung kann die Anwendung des § 366 Abs. 2 nicht ausschließen.

[5]) Ist keine Schuld fällig, so wird, dem muthmaßlichen Willen des Schuldners entsprechend, diejenige den Vorzug haben, die zunächst fällig wird. Hat z. B. A. von B. am 1. April Waare für 500 Mark und am 1. Mai für 300 Mark, jedes Mal mit einem dreimonatigen Ziele, gekauft und zahlt er am 1. Juni 400 Mk., so werden diese auf die am 1. Juli fälligen 500 Mark zu verrechnen sein.

[6]) Besteht für mehrere Forderungen eine Sicherheit, so ist es quaestio facti, welche Sicherheit die geringere ist.

[7]) Da die Beweislast dafür, daß die vom Gläubiger geltend gemachte Forderung getilgt ist, den Schuldner trifft, so hat dieser zu beweisen, daß er die Tilgung dieser Schuld bestimmt hat. Beruft er sich auf die gesetzliche Vorschrift des § 366 Abs. 2, so trifft den Gläubiger die Beweislast, wenn er behauptet, daß die gesetzliche Regel nicht Platz greift, weil der Schuldner eine andere Bestimmung getroffen habe.

[8]) Ueber das Verhältniß dieser Vorschrift zu § 266 s. oben § 71 Anm. 7.

§ 106. Die Verpflichtungen des Gläubigers bei der Leistung.

I. 1. Da dem Schuldner der Beweis der Tilgung seiner Verbindlichkeit obliegt, so kann er von dem Gläubiger verlangen, daß er ihm ein schriftliches Bekenntniß über den Empfang der Leistung [1]) ertheilt, und zwar nicht nur bei Geldzahlungen, sondern bei Leistungen jeder Art [2]). Die Quittung ist auch demjenigen, der für den Schuldner die Leistung bewirkt, zu ertheilen. **§ 368.**

2. Die Quittung muß dem Leistenden auf Verlangen Zug um Zug gegen Empfang der Leistung ertheilt werden. Der Schuldner kann, wenn der Gläubiger dieser Verpflichtung nicht nachkommt, seine Leistung zurückbehalten (§ 273). Ist der Gläubiger zwar bereit, die ihm angebotene Leistung anzunehmen, bietet er aber nicht die verlangte Quittung an, so kommt er in Verzug und der Schuldner ist berechtigt, die ihm beim Verzuge des Gläubigers zustehenden Rechte, insbesondere das der Hinterlegung, auszuüben. Hat der Schuldner ohne Ertheilung der Quittung geleistet, so kann er sie nachträglich vom Gläubiger verlangen und sein Recht im Prozeßwege verfolgen [3]).

3. Für die Form der Quittung ist die Vorschrift des § 126 maßgebend. Sie muß von dem Empfänger der Leistung (dem Gläubiger oder seinem Vertreter) eigenhändig durch Namensunterschrift [4]) oder mittels gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden. Die letztere Form ist insbesondere erforderlich, wenn der Empfänger der Leistung seinen Namen zu schreiben außer Stande ist. Weist der Schuldner ein rechtliches Interesse nach, daß die Quittung ihm in einer anderen als der bloßen schriftlichen Form ertheilt wird [5]), so kann er die Ertheilung in dieser anderen Form verlangen.

4. Da die Quittung lediglich im Interesse des Schuldners ertheilt wird, so hat er auch regelmäßig die Kosten zu tragen und, da der Gläubiger irgend welche Aufwendungen zum Zwecke der Quittungsertheilung nicht zu machen braucht, vorzuschießen [6]). Ausnahmen können aus dem zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner bestehenden Schuldverhältnisse sich ergeben; eine solche **§ 369.**

---

[1]) Der Inhalt der Quittung, über den das Gesetz keine Vorschriften enthält, ergiebt sich aus ihrem Zwecke. Sie muß die Leistung, die Schuld, auf welche die Leistung erfolgt, die Person des Leistenden und das Datum enthalten.

[2]) Die Beweiskraft der Quittung bestimmt sich zunächst nach § 416 CPO.: es wird voller Beweis dafür erbracht, daß der Aussteller erklärt hat, die geschuldete Leistung empfangen zu haben. Hiernach hat der Richter nach freier Ueberzeugung (§ 286 CPO.) zu beurtheilen, ob die Leistung wirklich erfolgt ist. Eine den §§ 104, 105 I 16 ALR. entsprechende Vorschrift, nach welcher durch die Quittung eine durch Gegenbeweis entkräftbare praesumtio juris begründet wird, hat das BGB. nicht. Im praktischen Resultate wird es jedoch auf dasselbe hinauskommen. Denn auf Grund der feststehenden Erklärung des Gläubigers wird der Richter in der Regel auch die Thatsache des Empfanges als bewiesen ansehen, so daß dem Gläubiger der Gegenbeweis obliegt. Es kann der Quittung unter Umständen auch die weitere Bedeutung eines negativen Anerkenntnißvertrags (§ 397 Abs. 2) innewohnen. Die Beweislast hierfür trifft den Schuldner.

[3]) Die Verpflichtung zur Quittungsleistung beruht auf dem Gesetze. Ein Gerichtsstand aus 29 CPO. ist nicht gegeben. RG. Bd. 28 S. 434 ff.

[4]) Mit einer Quittung, die nur mit einem Stempel, einer faksimilierten Unterschrift u. s. w. versehen ist, braucht der Schuldner sich nicht zu begnügen. Vergl. Prot. I S. 339, 340.

[5]) Ein solches Interesse liegt auf Grund der Vorschrift des § 29 GBO. insbesondere dann vor, wenn auf Grund der Quittung eine Eintragung in das Grundbuch erfolgen soll (vergl. § 1144).

[6]) Vermehrt sich die Anzahl der Gläubiger durch eine Uebertragung der Forderung oder durch Erbgang, so fallen die Mehrkosten den Gläubigern zur Last (§ 369 Abs. 2).

Ausnahme wird insbesondere dann vorliegen, wenn das Schuldverhältniß lediglich im Interesse des Gläubigers eingegangen ist [7]).

§ 371. II. Außer der Quittung kann der Schuldner [8]) die Rückgabe des über die Forderung ausgestellten Schuldscheins verlangen [9]). Behauptet der Gläubiger, daß er außer Stande sei, den Schuldschein zurückzugeben, so kann der Schuldner von ihm das öffentlich beglaubigte Anerkenntniß verlangen, daß die Schuld erloschen sei [10]). Dieses Recht des Schuldners wird durch die bloße Behauptung des Gläubigers, zur Rückgabe außer Stande zu sein, begründet. Jedoch wird das Recht des Schuldners, die Rückgabe des Schuldscheins selbst zu fordern, durch diese Behauptung nicht ausgeschlossen. Besteht der Schuldner auf seinem Verlangen, so muß der Gläubiger beweisen, daß er den Schuldschein nicht zurückgeben kann [11]).

§ 107. Hingabe an Erfüllungsstatt.

§ 364. I. Die Hingabe an Erfüllungsstatt, welche ein unmittelbares Erlöschen des Schuldverhältnisses bewirkt, erfordert einen Vertrag, inhalts dessen zum Zwecke der Tilgung der geschuldeten Leistung eine andere Leistung dem Gläubiger gegeben und von ihm angenommen wird. Hieraus ergiebt sich:

1. Beide [1]) Parteien müssen darüber einig sein, daß durch die Hingabe der anderen Leistung der Gläubiger wegen der ihm gebührenden Leistung befriedigt und somit das Erlöschen des Schuldverhältnisses unmittelbar herbeigeführt werden soll. Hierdurch unterscheidet sich die Leistung an Erfüllungsstatt von der Erfüllungshalber. Bei letzterer liegt nur die Absicht vor, daß der Gläubiger sich aus der anderen Leistung wegen der ihm gebührenden Leistung befriedigt.

---

[7]) Vergl. M. II S. 90. Das ist insbesondere der Fall beim Auftrage, dem unentgeltlichen Depositum.

[8]) Dieses Recht steht nur dem Schuldner, nicht dem für ihn leistenden Dritten zu (vergl. Oertmann Anm. 1 zu § 371). Vergl. den Unterschied in der Fassung des § 371 und des § 368.

[9]) Aus den Worten, daß der Schuldner die Rückgabe des Schuldscheins neben der Quittung verlangen könne, folgt, daß auch diese Verpflichtung Zug um Zug gegen die Leistung zu erfüllen ist. Vergl. M. II S. 90.

[10]) Dieses Anerkenntniß ist, wenn es vom Schuldner angenommen ist, ein negativer Anerkenntnißvertrag im Sinne des § 397 Abs. 2. — Das Aufgebot eines Schuldscheins findet nach dem BGB. nicht statt. — Die Kosten des Anerkenntnisses hat der Gläubiger zu tragen. Neben diesem Anerkenntnisse kann der Schuldner nicht noch eine Quittung verlangen. Prot. I S. 341.

[11]) Uebrigens befreit den Schuldner der bloße Beweis, daß er zur Rückgabe des Schuldscheins außer Stande sei, noch nicht von seiner Rückgabepflicht, er muß vielmehr noch beweisen, daß die Unmöglichkeit oder das Unvermögen die Folge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes sei (§§ 275, 282). Kann er dies nicht beweisen, so ist er trotzdem zur Rückgabe zu verurtheilen.

[1]) Daß die Absicht beider Parteien auf die Leistung an Erfüllungsstatt gerichtet sein muß, ist im Gesetze nicht klar ausgesprochen. Die Fassung des § 364 ist insofern irreführend, als man annehmen könnte, es genüge zum Erlöschen des Schuldverhältnisses, daß der Gläubiger die Leistung an Erfüllungsstatt annimmt. Gemeint ist aber, daß der Gläubiger die ihm an Erfüllungsstatt angebotene Leistung annimmt. Vergl. § 365 („an Erfüllungsstatt gegeben"). Z. B. A., der dem B. 100 M. schuldet, sendet ihm einen Ring, damit B. durch diesen seine Befriedigung erlange. B. ist der Meinung, A. gebe ihm den Ring an Erfüllungsstatt und nimmt ihn an, während A. nur wollte, daß B. den Ring verkaufe und sich aus dem Erlöse befriedige. Es liegt keine Leistung an Erfüllungsstatt vor; verkauft B. den Ring für 120 M., so muß er 20 M. dem A. herausgeben. — Zu bemerken ist, daß auch ein Dritter an Erfüllungsstatt leisten kann. (Vergl. die Verschiedenheit in der Fassung des Abs. 1 und des Abs. 2 des § 364).

Erst, wenn er diese Befriedigung erlangt hat, erlischt das Schuldverhältniß. Ob das eine oder das andere beabsichtigt ist, muß in jedem einzelnen Falle durch Auslegung ermittelt werden.

2. Die Hingabe an Erfüllungsstatt ist ein Realvertrag: es muß die andere Leistung gegeben und angenommen sein. Ist nur vereinbart, daß eine Leistung an Erfüllungsstatt gegeben werden solle, so erlischt dadurch das Schuldverhältniß noch nicht. Verlangt aber der Gläubiger die geschuldete Leistung, so kann ihm der Schuldner einredeweise die Vereinbarung entgegensetzen [2]).

3. Eine jede Leistung kann an Erfüllungsstatt gegeben werden; die Leistung kann auch in der vertragsmäßigen Uebernahme einer neuen Verbindlichkeit bestehen. Uebernimmt der Schuldner [3]) dem Gläubiger gegenüber, um ihn zu befriedigen, eine neue Verbindlichkeit, so ist im Zweifel keine Annahme an Erfüllungsstatt, sondern Erfüllungshalber anzunehmen [4]).

§ 365.

II. Ist die Leistung an Erfüllungsstatt wirksam [5]), so ist das Schuldverhältniß definitiv erloschen. Der Gläubiger hat nicht das Recht, auf das Schuldverhältniß zurückzugreifen, wenn das an Erfüllungsstatt Gegebene ihm entwehrt wird oder mangelhaft ist. Vielmehr hat er, wenn ihm eine Sache oder ein Recht an Erfüllungsstatt gegeben worden ist, wegen eines Mangels im Rechte oder wegen Mängel der Sache gegen den Schuldner [6]) nur dieselben Gewährleistungsansprüche, wie sie dem Käufer gegen den Verkäufer zustehen. Der Schuldner ist somit verpflichtet, dem Gläubiger das Eigenthum an der an Zahlungsstatt gegebenen Sache, sowie das an Zahlungsstatt gegebene Recht zu verschaffen und muß für

---

[2]) Vergl. Dernburg II § 118 unter IV. Es kann aber auch schon das Versprechen der anderen Leistung die Hingabe an Erfüllungsstatt sein, so daß mit der Annahme des Versprechens das ursprüngliche Schuldverhältniß erlischt (vergl. im Texte unter 3). Ob das eine oder das andere gewollt ist, ist Auslegungsfrage. Im Zweifel wird man ein Erlöschen des Schuldverhältnisses nicht annehmen.

[3]) § 364 Abs. 2 spricht nur von dem Falle, daß der Schuldner eine neue Verbindlichkeit eingeht. Uebernimmt ein Dritter die Verbindlichkeit (z. B. X. giebt dem A. sein Accept, um ihn wegen einer ihm gegen B. zustehenden Forderung zu befriedigen), so wird dasselbe anzunehmen sein.

[4]) Der praktisch wichtigste Fall ist der, daß der Schuldner zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers diesem gegenüber eine Wechselverbindlichkeit eingeht. Die Vorschrift des § 364 Abs. 2 entspricht der bisherigen Judikatur (vergl. ROHG. Bd. 4 S. 365, Bd. 5 S. 253, Bd. 7 S. 43). Es bestehen somit beide Verbindlichkeiten neben einander. Giebt der Schuldner sein eigenes Accept, so kann der Gläubiger nach seiner Wahl den Wechselanspruch oder den ursprünglichen Anspruch geltend machen (ROHG. Bd. 20 S. 250, RG. in Gruchot Bd. 29 S. 111). Haftet aus dem hingegebenen Wechsel außer dem Schuldner noch ein Dritter, so übernimmt der Gläubiger mit der Annahme des Wechsels die Verpflichtung, mit dem Wechsel wechselmäßig zu verfahren, insbesondere ihn rechtzeitig zu präsentieren und zu protestieren. Unterläßt er dies, sodaß er nicht im Stande ist, seinem Schuldner einen intakten Wechsel zurückzugeben, so kann er auch auf seine ursprüngliche Forderung nicht zurückgreifen (ROHG. Bd. 17 S. 269, Bd. 20 S. 83).

[5]) Ist der Vertrag nichtig oder anfechtbar und angefochten, so ist ein Erlöschen des Schuldverhältnisses nicht eingetreten. Der Gläubiger kann die ursprüngliche Leistung verlangen, der Schuldner kann das an Erfüllungsstatt Gegebene als ungerechtfertigte Bereicherung zurückfordern. Denselben Anspruch hat der Schuldner, wenn das Schuldverhältniß in Wirklichkeit nicht bestand.

[6]) Wenn § 365 bestimmt, daß „der Schuldner" Gewähr zu leisten habe, so trifft dies nur den Fall, daß der Schuldner die datio in solutum bewirkt hat. Ist die Hingabe an Erfüllungsstatt durch einen Dritten erfolgt, so haftet der Dritte. Der Wortlaut des § 365 gestattet auch folgende Auslegung: Wird eine Sache u. s. w. an Erfüllungsstatt gegeben, so wird dadurch ein Schuldverhältniß zwischen dem Gläubiger und dem Geber begründet. Schuldner dieses Schuldverhältnisses ist der Geber; von diesem Schuldner, nicht dem des erloschenen Schuldverhältnisses, ist im Nachsatze des § 365 die Rede.

Mängel im Rechte wie ein Verkäufer (§§ 434 ff.) einstehen[7]). Ist die an Zahlungsstatt gegebene Sache mangelhaft (§ 459), so kann der Gläubiger Wandelung oder Minderung (§ 462) oder unter der Voraussetzung des § 463 Schadensersatz verlangen. Verlangt er Wandelung, so lebt dadurch die erloschene Forderung nicht wieder auf, der Schuldner ist vielmehr, da die Rückgewähr der empfangenen Leistung, also die Wiederherstellung der Forderung, nicht möglich ist, dem Gläubiger zum Ersatze verpflichtet und zwar regelmäßig nach den Grundsätzen über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung[8]). Im Falle der Minderung ist als Kaufpreis im Sinne des § 472 der Werth der erloschenen Forderung anzusehen.

§ 108. Die Hinterlegung. Die Voraussetzungen.

Ein Surrogat der Erfüllung, d. h. der unmittelbaren Leistung an den Gläubiger, bildet die Hinterlegung und bei solchen beweglichen Sachen, welche zur Hinterlegung nicht geeignet sind, die öffentliche Versteigerung und die Hinterlegung des Erlöses[1]).

§ 372. I. Zur Hinterlegung geeignet sind Geld, Werthpapiere, gleichgültig ob sie auf Inhaber oder auf Namen lauten, ferner sonstige Urkunden, insbesondere Beweisurkunden, wie Gutscheine, Quittungen, Vertragsurkunden, Handelsbücher, und endlich Kostbarkeiten[2]). Diese Sachen sind kraft Reichsgesetzes hinterlegungsfähig. Eine Einschränkung durch Landesgesetze ist unzulässig, wohl aber kann landesgesetzlich der Kreis der hinterlegungsfähigen Sachen erweitert werden (EG. Art. 146).

---

[7]) Wer eine Forderung an Erfüllungsstatt giebt, haftet unter allen Umständen für die Verität (§ 437), für die Bonität nur, wenn er diese Haftung übernommen hat. — Vergl. die vom § 365 abweichende Vorschrift des § 835 Abs. 2 CPO.

[8]) Nach § 467 kommen auf die Wandelung die für das Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften zur Anwendung. Der Schuldner muß also nach § 346 die empfangene Leistung zurückgewähren. Die Leistung, die er empfangen hat, ist die Befreiung von der Schuld. Planck (Anm. 1 und 2 zu § 365) und mit ihm Dernburg (II § 118 Anm. 5), Oertmann (Anm. 2a zu § 365) nehmen an, der Schuldner sei zur Wiederherstellung der erloschenen Forderung verpflichtet. Eine Wiederherstellung der definitiv erloschenen Forderung erscheint aber, wie Schollmeyer (Anm. 2a β zu § 365) mit Recht ausführt, unmöglich. Wie soll die alte causa, z. B. Kauf, Darlehen, wieder hergestellt werden? Die alte Kauf- und Darlehnsforderung ist erloschen; eine Wiederherstellung ist nicht denkbar, ein neuer Vertrag würde nur eine neue Forderung begründen. Ein vom Schuldner abgegebenes abstraktes Schuldversprechen wäre auch nicht die alte Schuld, sondern eine neue, für welche die alte Schuld nur das Motiv bildete. Da das Erlöschen der Forderung nicht durch ein Verschulden des Schuldners herbeigeführt worden, sondern kraft Gesetzes (§ 364 Abs. 1) eingetreten ist, so haftet der Schuldner auf die Bereicherung (vergl. § 323 Abs. 3) und zwar greift die Vorschrift des § 818 Abs. 2 Platz. Vergl. Schollmeyer a. a. O. Eine Schadensersatzpflicht des Schuldners oder des Dritten, welcher die datio in solutum vorgenommen hat, könnte man aus dem in der Hingabe an Erfüllungsstatt liegenden stillschweigenden Garantievertrage folgern. Die Motive (II S. 83) bemerken: „Dieses Recht des Gläubigers (sein Gewährleistungsanspruch aus § 365) gründet sich in dem von dem Schuldner mit der Hingabe an Erfüllungsstatt stillschweigend gegebenen Versprechen, dafür einzustehen, daß das in solutum Gegebene in das Vermögen des Gläubigers wirklich und dauernd übergehe." —

[1]) Vergl. oben § 90 unter 2. Bei Grundstücken ist das Surrogat die Besitzaufgabe § 303. Vergl. auch JWSch. 1901 S. 182.

[2]) Eine Kostbarkeit ist eine Sache, welche im Verhältnisse zu ihrer Größe, ihrem Umfang, ihrem Gewichte von besonders hohem Werthe ist, sei es wegen des Stoffes, aus dem sie besteht oder wegen ihres hohen Kunstwerths oder wegen ihrer Seltenheit u. s. w. Vergl. RG. Bd. 13 S. 36 ff. Nach der preuß. HO. § 36 Abs. 2 können Münzen und Werthzeichen als Kostbarkeiten hinterlegt werden.

II. Zur Hinterlegung berechtigt[3]) ist der Schuldner. Ein Dritter, der die Leistung bewirken kann (§ 267), hat nicht auch das Recht der Hinterlegung [4]).

III. Voraussetzung dafür, daß der Schuldner mit befreiender Wirkung hinterlegen kann, ist das Vorhandensein eines vom Gesetz als rechtmäßig anerkannten Grundes.

1. Den praktisch wichtigsten Hinterlegungsgrund bildet der Annahmeverzug des Gläubigers [5]).

2. Auch wenn der Gläubiger zur Annahme bereit ist, ein Verzug des Gläubigers also nicht vorliegt, ist der Schuldner zur Hinterlegung dann befugt, wenn er aus einem in der Person des Gläubigers liegenden Grunde an ihn entweder überhaupt nicht oder doch nicht mit Sicherheit leisten kann. Dieser Fall liegt insbesondere dann vor, wenn die Forderung auf einen Anderen übergegangen ist, die Wirksamkeit dieses Ueberganges aber nicht feststeht, weil das Rechtsgeschäft oder die letzwillige Verfügung, auf welcher der Uebergang beruht, anfechtbar ist, eine Anfechtung aber noch nicht erfolgt ist.[6]). Ferner ist aus diesem Grunde der Schuldner zur Hinterlegung befugt, wenn die Forderung im Wege des Arrestes gepfändet ist, oder dem Schuldner durch einstweilige Verfügung die Leistung an den Gläubiger untersagt ist [7]). Als weitere Gründe kommen Abwesenheit des Gläubigers, Mangel der Vertretung eines nicht voll geschäftsfähigen Gläubigers, Mangel der Zustimmung des Mannes, wenn die Forderung zum eingebrachten Vermögen der Frau gehört, in Betracht.

3. Aber nicht nur eine objektive Ungewißheit, wer Gläubiger ist, berücksichtigt das Gesetz, vielmehr berechtigt auch eine subjektive Ungewißheit über die Person des Gläubigers [8]) den Schuldner zur Hinterlegung, vorausgesetzt jedoch, daß diese Ungewißheit nicht auf Fahrlässigkeit beruht. Nicht jeder Zweifel

---

[3]) Während die Hinterlegung zum Zwecke der Befreiung von einer Schuld regelmäßig nur ein Recht des Schuldners ist, ist er doch in gewissen Fällen auf Verlangen des Gläubigers zur Hinterlegung verpflichtet (vergl. §§ 432 Abs. 1, 660 Abs. 2, 1077, 1281, 1392, 1716, 2039, 2114, vergl. auch Art. 73 WO.). In diesen Fällen ist die Hinterlegung kein Surrogat der Erfüllung, sondern die Erfüllung selbst. Die Vorschriften der §§ 372 ff. kommen auch auf diese Hinterlegung zur entsprechenden Anwendung (vergl. M. II S. 91), jedoch kann dem Schuldner das Rücknahmerecht nicht zustehen. Vergl. Müller, die Hinterlegung zur Schuldbefreiung nach dem BGB., in Iherings Jahrb. Bd. 41 S. 424 ff. Dagegen gelten diese Vorschriften nicht für die Hinterlegung zum Zwecke der Sicherheitsleistung (§ 232). Ebenso sind die auf die Hinterlegung sich beziehenden Vorschriften der Prozeßgesetze durch das BGB. nicht berührt.

[4]) Vergl. oben § 79 Anm. 1. Siehe dagegen §§ 268 Abs. 2, 1142 Abs. 2, 1224. Auch im Falle des § 1376 Nr. 3 ist anzunehmen, daß der Mann das Recht der Hinterlegung hat.

[5]) Ueber den Grund der in diesem Falle eintretenden Hinterlegungsbefugniß des Gläubigers vergl. oben § 90 unter 1. Von einem Verschulden des Gläubigers ist die Hinterlegungsbefugniß des Schuldners in allen drei Fällen des § 372 unabhängig.

[6]) Ist die Anfechtung erfolgt oder ist der Uebergang nichtig, so handelt es sich nicht um eine objektive, sondern um eine subjektive Ungewißheit (s. im Texte unter 3).

[7]) Vergl. M. II S. 95, Prot. I S. 345. Die Frage, ob der Gläubiger, dessen Forderung im Wege des Arrestes gepfändet worden ist, vom Schuldner die Hinterlegung verlangen könne, welche von Dernburg (II, § 125 unter II) bejaht, von Schollmeyer (Vorbem. 3 vor § 372) verneint wird, ist außer nach allgemeinen Grundsätzen (vergl. RG. Bd. 17 S. 291 ff.) auch auf Grund des § 1281 zu bejahen.

[8]) Der praktisch wichtigste Fall ist der, daß mehrere Forderungsprätendenten, z. B. mehrere Zessionare, oder der Gläubiger selbst und ein Zessionar, oder ein Zessionar und ein Gläubiger, dem die Forderung überwiesen worden ist, auftreten (vergl. § 75 CPO). Auch rechtliche Zweifel, die nicht auf Fahrlässigkeit beruhen, berechtigen zur Hinterlegung. Vergl. RG. Bd. 44 S. 163 ff.

des Schuldners giebt ihm die Hinterlegungsbefugniß, vielmehr muß er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt anwenden, um sich Gewißheit zu verschaffen; kann er trotzdem die Gewißheit nicht erlangen, so hat er das Recht der Hinterlegung. Daß er diese Sorgfalt angewendet habe, hat er, wenn es zweifelhaft ist, zu beweisen, wie ihn überhaupt die Beweislast für das Vorhandensein eines rechtmäßigen Hinterlegungsgrundes trifft.

IV. Die Hinterlegung erfolgt bei einer dazu bestimmten öffentlichen Stelle[9]).

1. Die Bestimmung der Hinterlegungsstellen erfolgt durch die Landesgesetze[10]), welche auch Vorschriften über die sachliche und örtliche Zuständigkeit der Hinterlegungsstellen geben können (EG. Art. 144). Die Landesgesetze können über die Hinterlegung nähere Bestimmungen treffen, sie können aber nicht die Hinterlegung von einer gerichtlichen Anordnung abhängig machen (EG. Art. 145). Die Hinterlegungsstelle ist auch nicht befugt, zu untersuchen, ob der vom Schuldner angegebene Hinterlegungsgrund vorhanden ist. Der Streit darüber, ob die erfolgte Hinterlegung eine rechtmäßige sei, wird vielmehr im ordentlichen Prozesse zwischen den Parteien entschieden.

§ 374 Abs. 1. 2. Die Hinterlegung hat bei derjenigen Hinterlegungsstelle zu erfolgen, welche nach den Vorschriften der Landesgesetze für den Leistungsort[11]) zuständig ist. Die Hinterlegung bei einer anderen Hinterlegungsstelle ist jedoch nicht unwirksam[12]), sie verpflichtet vielmehr den Schuldner nur zum Schadensersatze.

V. Die Hinterlegung erfolgt für den Gläubiger.

1. Durch die Hinterlegung wird zunächst ein Rechtsverhältniß nur zwischen dem Schuldner und der Hinterlegungsstelle begründet und zwar ein Verwahrungsvertrag im Sinne des § 688. Die Landesgesetze können vorschreiben, daß die hinterlegten Gelder und Werthpapiere gegen die Verpflichtung zur Rückerstattung in das Eigenthum des Fiskus oder der als Hinterlegungsstelle bestimmten Anstalt

---

[9]) Ein Recht des Schuldners, die geschuldete Sache bei einem Dritten zu hinterlegen (vergl. § 373 HGB.), kennt das BGB. nicht. Eine solche Hinterlegung würde ohne jeden Einfluß auf das Schuldverhältniß sein und insbesondere auf Gefahr des Schuldners erfolgen. Den Ersatz der Kosten könnte freilich der Schuldner nach Maßgabe des § 304 vom Gläubiger verlangen.

[10]) Für Preußen vergl. die Hinterlegungsordnung vom 14. März 1879 mit den im Art. 84 AG. zum BGB. vorgeschriebenen Aenderungen. In Preußen giebt es zwei Arten von Hinterlegungsstellen: 1. für Geld, Werthpapiere auf Inhaber, Werthpapiere auf Namen, bei denen jedoch die Zahlung an den Inhaber geleistet werden kann, und Kostbarkeiten: die nach den §§ 1 und 2 der HO. bestimmten Stellen (die Bezirksregierungen, für Berlin die besondere, durch die Verf. vom 31. 7. 1879 [JMBl. S. 216] bestimmte Behörde); 2. für andere Werthpapiere (eigentliche Namenspapiere) und sonstige Urkunden: die Amtsgerichte (§ 87 HO., vergl. hierzu Verf. vom 26. Dec. 1899 (JMBl. S. 870). — In Preußen sind die Bezirke der Hinterlegungsstellen nach Gerichtsbezirken abgegrenzt (§ 3 HO., Verf. vom 31. Juli 1879 JMBl. S. 216).

[11]) Für den Leistungsort kommt nur der § 269, nicht auch der § 270 in Betracht, denn durch die Uebermittelungspflicht des Schuldners wird ein Leistungsort am Wohnsitze des Gläubigers nicht begründet. Der Schuldner einer Geldsumme kann diese also nur an dem sich aus § 269 ergebenden Leistungsorte hinterlegen. Vergl. Neumann Anm. 1 zu § 374, a. M. Schollmeyer Anm. 2 zu § 374.

[12]) Der § 374 Abs. 1 regelt nur das Verhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner: es kann aus der Vorschrift nicht gefolgert werden, daß der Schuldner bei jeder beliebigen Hinterlegungsstelle hinterlegen könne. Soweit die Bezirke der Hinterlegungsstellen örtlich abgegrenzt sind, kann die Hinterlegungsstelle die Angabe der Gründe verlangen, aus denen ihre Zuständigkeit folgt, und im Falle ihrer Unzuständigkeit die Annahme ablehnen. Vergl. M. I S. 97, 98.

übergehen (EG. Art. 145). Es liegt dann eine Verwahrung im Sinne des § 700 vor[13]).

2. Die Hinterlegung erfolgt aber für den Gläubiger[14]). Der Schuldner, welcher sich der Verpflichtung, die Sache ferner aufzubewahren, entledigen und sich von seiner Schuld befreien will, stellt durch die Hinterlegung die Sache dem Gläubiger zur Verfügung, er erklärt sich damit einverstanden, daß die Hinterlegungsstelle die Sache dem Gläubiger verabfolge. Es liegt somit ein Vertrag vor, durch welchen die Leistung an einen Dritten bedungen ist und zwar muß aus dem Zwecke dieses Vertrags entnommen werden, daß der Gläubiger unmittelbar das Recht erwirbt, von der Hinterlegungsstelle die Leistung zu fordern[15]) (vergl. § 328). Dieses Recht erwirbt der Gläubiger sofort mit dem Abschlusse des Hinterlegungsvertrags und zwar unabhängig davon, ob dem Schuldner das Rücknahmerecht zusteht oder ob dieses Recht ausgeschlossen ist (vergl. § 376). Auch wenn der Schuldner zur Rücknahme befugt ist, kann, solange er von diesem Rechte keinen Gebrauch gemacht hat, der Gläubiger die Herausgabe der hinterlegten Sache an sich verlangen.

3. Da die Hinterlegung dazu bestimmt ist, die Befriedigung des Gläubigers und die Befreiung des Schuldners herbeizuführen, so muß die hinterlegte Sache in allen Beziehungen der geschuldeten Leistung entsprechen, und es darf der Schuldner die Empfangsberechtigung des Gläubigers von keiner dem Schuldverhältnisse widersprechenden Voraussetzung abhängig machen. Wie die Erfüllung ein Anerkenntniß der Forderung in sich schließt, so muß auch die hinterlegte Sache schlechthin und vorbehaltslos dem Gläubiger zur Verfügung gestellt werden. In dem Falle jedoch, daß der Schuldner nur gegen eine Leistung des Gläubigers zu leisten verpflichtet ist[16]), kann er die Empfangsberechtigung des Gläubigers von der Bewirkung der Gegenleistung abhängig machen[17]). Ist dies geschehen, so ist der Gläubiger berechtigt, gegen Bewirkung der ihm obliegenden Leistung von dem Schuldner die Einwilligung in die vorbehaltslose Auslieferung der hinterlegten Sache zu verlangen[18]). **§ 373.**

[13]) In der preuß. HO. § 7 ist dies nur für Geld bestimmt. Vergl. jedoch ebenda § 81. Werthpapiere und Kostbarkeiten werden unverändert verwahrt (§ 36 HO.)

[14]) Nach § 18 der preuß. HO. ist dieser daher in der Hinterlegungserklärung zu bezeichnen, oder es ist anzugeben, „in Folge welcher Umstände der Schuldner seine Verbindlichkeit nicht oder nicht mit Sicherheit erfüllen kann".

[15]) Nach EG. Art. 145 können die Landesgesetze den Nachweis der Empfangsberechtigung regeln. Dies ist für Preußen durch die §§ 30—33 HO. geschehen. — Die Annahme Endemanns (I § 143 unter 3 a), daß die Hinterlegung zunächst nur die Bedeutung eines Erfüllungsangebots habe, ist unzutreffend. Die gesetzlichen Bestimmungen ergeben das Gegentheil. So tritt z. B., wenn der Schuldner der Hinterlegungsstelle gegenüber auf das Rücknahmerecht verzichtet, definitive Erfüllung ein, wenn auch der Gläubiger gar nichts von der Hinterlegung erfährt.

[16]) Die Fälle sind dieselben, wie bei § 298. Vergl. oben § 89 Anm. 16. Eine solche Leistung des Gläubigers ist insbesondere seine Verpflichtung zur Quittungsertheilung (§ 368). Von dieser kann also die Empfangsberechtigung des Gläubigers stets abhängig gemacht werden.

[17]) Vergl. Pr. HO. § 18 Abs. 2. Der Vorbehalt ist in die Hinterlegungserklärung unter Bezeichnung der Gegenleistung aufzunehmen.

[18]) Vergl. Prot. I S. 347, 348. — A. hat dem B. ein Fahrrad für 200 Mk. verkauft. Nachdem A. in Annahmeverzug gekommen war (vergl. § 298), hat B. die 200 Mk. hinterlegt, die Empfangsberechtigung des A. aber von der Lieferung des Rades abhängig gemacht. Klagt nun B. gegen A. auf Lieferung des Rades, so kann A. verlangen, daß Zug um Zug gegen die Lieferung B. in die Auszahlung des Geldes an ihn willige, auch muß B. auf das Rücknahmerecht verzichten (§ 376 Nr. 1), wenn nicht A. seinerseits die Annahme erklärt hat (§ 376 Nr. 2). — Bietet A. dem B. das Rad an, so muß B. auf

§ 374 Abs. 2. 4. Der Schuldner hat die Verpflichtung, dem Gläubiger unverzüglich die Hinterlegung anzuzeigen. Die Wirkungen der Hinterlegung sind jedoch von dieser Anzeige nicht abhängig; ihre Unterlassung begründet vielmehr nur eine Schadensersatzpflicht des Schuldners, und auch diese tritt nicht ein, wenn die Anzeige unthunlich war[19]).

§ 109. Das Rücknahmerecht des Schuldners.

§ 376. I. Obwohl die Hinterlegung für den Gläubiger erfolgt und daher mit dem Abschlusse des Hinterlegungsvertrags zwischen dem Schuldner und der Hinterlegungsstelle unmittelbar für den Gläubiger ein Recht entsteht, so ist dieses Recht doch kein unwiderrufliches. Der Schuldner ist vielmehr berechtigt, dieses Recht des Gläubigers jederzeit dadurch illusorisch zu machen, daß er die hinterlegte Sache zurücknimmt[1]). Er übt dieses Recht bereits dadurch aus, daß er bei der Hinterlegungsstelle die Rückgabe der hinterlegten Sache beantragt[2]).

II. Das Rücknahmerecht des Schuldners besteht jedoch nicht, wenn er bei oder nach der Hinterlegung der Hinterlegungsstelle erklärt, daß er auf das Recht verzichte. Ebenso ist das Recht dann ausgeschlossen, wenn der Gläubiger der Hinterlegungsstelle gegenüber erklärt, daß er die Hinterlegung annehme, d. h. daß er sich mit ihr einverstanden erkläre, sie für eine rechtmäßige, befreiende ansehe. Durch eine jede dieser Erklärungen wird die Hinterlegung zu einer unwiderruflichen, definitiven, die nicht mehr vom Schuldner willkürlich rückgängig gemacht werden kann. Daraus, daß die Erklärungen der Hinterlegungsstelle gegenüber abzugeben sind, folgt nicht, daß die vom Schuldner dem Gläubiger abgegebene Verzichtserklärung und die vom Gläubiger dem Schuldner abgegebene Annahmeerklärung bedeutungslos sind. Sie haben zwar nicht die Wirkung, das Rücknahmerecht des Schuldners auszuschließen, der Schuldner ist aber obligatorisch verpflichtet, von diesem Rechte keinen Gebrauch zu machen, und macht sich durch die Verletzung dieser Verpflichtung schadensersatzpflichtig[3]). — Da die Annahme-

---

Verlangen des A. ihm die Einwilligungserklärung geben, sonst kommt B. in Annahmeverzug (§ 298). A. kann dann das Rad öffentlich versteigern lassen und den Erlös hinterlegen (§ 383), und zwar gleichfalls mit dem Vorbehalt aus § 373. Sodann kann er gegen B. auf Einwilligung in die Auszahlung der hinterlegten 200 Mk. klagen, muß aber dagegen dem B. die Einwilligung in die Auszahlung des Erlöses ertheilen. — Die Ansicht Plancks (Anm. 4 zu § 378), daß B. die Gegenleistung unbedingt verlangen könne, als ob er bereits geleistet hätte, erscheint nicht zutreffend. Es widerspricht dies dem Wesen des gegenseitigen Vertrags und der Vorschrift des § 380, der den § 378 modifiziert.

[19]) Vergl. oben § 90 Anm. 5.

[1]) Nach den Motiven (II S. 98) ist das Rücknahmerecht des Schuldners durch positive Vorschrift aus praktischen Gründen gegeben. Für die Gestaltung, welche die Hinterlegung im ersten Entwurf erfahren hatte, war diese Begründung zutreffend. Denn da die Hinterlegung ohne Weiteres den Schuldner befreite (E. I § 372 Abs. 2), so mußte das Rücknahmerecht eigentlich irrationell erscheinen. Nach der Gestaltung der Hinterlegung im BGB. erscheint das Rücknahmerecht innerlich begründet. Liegen nämlich die Voraussetzungen des § 372 vor, so hat der Schuldner die Wahl, ob er sich durch Hinterlegung befreien oder ob er das Schuldverhältniß fortbestehen lassen will. Durch die bloße Hinterlegung — den mit der Hinterlegungsstelle geschlossene Vertrag — hat er sich dieses Wahlrechts noch nicht begeben. Es können Umstände eintreten, die es ihm räthlich erscheinen lassen, von dem Hinterlegungsrechte keinen Gebrauch zu machen, dann kann er die Hinterlegung wieder rückgängig machen. Erst wenn zu der Hinterlegung noch eine Thatsache hinzukommt, welche dieses jus variandi des Schuldners beseitigt, ist sie eine definitive und daher liberierende geworden (§ 378). Vergl. auch Müller a. a. O. S. 488 ff.

[2]) Vergl. Dernburg II § 123 unter III, Müller a. a. O. S. 490, 491.

[3]) Vergl. Planck Anm. 2 zu § 376, Schollmeyer Anm. 2a zu § 376, Müller a. a. O. S. 481.

erklärung des Gläubigers[4]) die Bedeutung hat, daß er mit der Hinterlegung einverstanden sei, ist er nicht mehr befugt, sie als unrechtmäßig zurückzuweisen.

Das Rücknahmerecht des Schuldners ist endlich ausgeschlossen, wenn durch ein zwischen ihm und dem Gläubiger ergangenes Urtheil die Hinterlegung rechtskräftig für rechtmäßig erklärt ist[5]) und dieses Urtheil der Hinterlegungsstelle vom Gläubiger oder vom Schuldner vorgelegt wird.

§ 377.

III. Das Recht des Schuldners, die Hinterlegung wieder rückgängig zu machen, ist durch das Gesetz zu einer nur ihm persönlich zustehenden Befugniß gestaltet worden. Obwohl das Rücknahmerecht ein Vermögensrecht des Schuldners ist und daher eigentlich dem Zugriffe seiner Gläubiger unterliegt, auch im Konkurs über das Vermögen des Schuldners in die Konkursmasse fallen müßte, so ist es doch durch besondere gesetzliche Vorschrift der Pfändung entzogen. Es gehört in Folge dessen, wenn über das Vermögen des Schuldners der Konkurs eröffnet wird, auch nicht zur Konkursmasse (§ 1 Abs. 1 KO.)[6]). Diese Vorschrift wahrt sowohl das Interesse des Schuldners wie das des Gläubigers. Der Schuldner hat die hinterlegte Sache bereits aus seinem Vermögen ausgesondert und zur Befriedigung des Gläubigers bestimmt. Mit dem Augenblick, in welchem das Rücknahmerecht ausgeschlossen ist, wird er von seiner Schuld mit rückwirkender Kraft befreit (§ 378). Es wäre ein unzulässiger Eingriff in seine Rechte, wenn seinen Gläubigern die Befugniß gegeben wäre, ihm diese Möglichkeit gegen seinen Willen zu nehmen. Auch der Gläubiger hat durch die Hinterlegung, wenn auch seine Forderung nicht erloschen ist, bereits Rechte erworben. Denn er kann durch einen einseitigen Akt (§ 376 Nr. 2) die Hinterlegung zu einer unwiderruflichen machen. Dieses wohlerworbene Recht darf ihm nicht gegen seinen Willen durch die Gläubiger seines Schuldners oder den Konkursverwalter entzogen werden. Diesen Gläubigern sowohl wie dem Konkursverwalter steht nur das Recht zu, die Hinterlegung selbst nach den Grundsätzen des Anfechtungsgesetzes und der KO. anzufechten. Da das Rücknahmerecht vom Konkursverwalter nicht ausgeübt werden kann, so würde es während des Konkurses des Schuldners von diesem selbst ausgeübt werden können. Da aber auch hierdurch die Interessen des Gläubigers in unzulässiger Weise beeinträchtigt würden[7]), so versagt auch ihm das Gesetz während der Dauer des Konkurses die Ausübung des Rechtes[8]). Das Rücknahmerecht ruht also während

---

[4]) Da die Annahme des Gläubigers nicht ausdrücklich sein muß, so wird in seinem Antrag auf Herausgabe der hinterlegten Sache eine Annahme zu finden sein.

[5]) Das Urtheil ergeht, wenn entweder der Schuldner auf Feststellung der Rechtmäßigkeit klagt, oder wenn der Gläubiger auf Leistung klagt und der Schuldner durch Inzident-Feststellungsklage (§ 280 CPO.) die Rechtmäßigkeit der Hinterlegung feststellen läßt. Auch wenn der Gläubiger auf Feststellung der Unrechtmäßigkeit der Hinterlegung klagt und mit der Klage rechtskräftig abgewiesen wird, weil die Hinterlegung eine rechtmäßige ist, liegt ein Urtheil im Sinne des § 376 Nr. 3 vor, da durch dieses Urtheil auch die Rechtmäßigkeit der Hinterlegung rechtskräftig festgestellt wird (vergl. RG. Bd. 29 S. 345 ff.). Dagegen genügt nicht, wie Dernburg (II 1 § 123 unter III) annimmt, ein Urtheil, durch welches die Klage des Gläubigers auf Leistung in Folge des Einwandes des Schuldners, daß er rechtsgültig hinterlegt habe, abgewiesen wird, denn dieses Urtheil macht hinsichtlich der Frage der Rechtmäßigkeit der Hinterlegung nicht Rechtskraft. A. M. Müller a. a. O. S. 482 Anm. 173.

[6]) Nach § 400 kann das Recht daher auch nicht abgetreten werden. Ebenso Planck Anm. 1 zu § 377. A. M. Schollmeyer Anm. 1a zu § 377.

[7]) Vergl. M. II S. 101, 102. Prot. I S. 353.

[8]) Da das Rücknahmerecht nicht zur Konkursmasse gehört, so steht an sich die Verfügung über dieses Recht dem Gemeinschuldner zu. Er kann es zwar nach § 377 Abs. 2 nicht ausüben, er kann aber auf das Recht verzichten und dadurch die Hinterlegung zu einer

der Dauer des Konkurses. Nach Beendigung des Konkurses steht es dem Schuldner wieder zu, falls es nicht inzwischen nach Maßgabe des § 376 erloschen ist.

§ 110. Die Wirkungen der Hinterlegung.

§ 378. I. Die Hinterlegung allein hat nicht die Wirkung, den Schuldner von seiner Verbindlichkeit zu befreien. Diese Wirkung tritt vielmehr erst ein, wenn das Rücknahmerecht des Schuldners ausgeschlossen ist. Der Eintritt dieser Voraussetzung hat aber rückwirkende Kraft. Auch wenn der Ausschluß des Rücknahmerechts erst nach der Hinterlegung eintritt, wird es so angesehen, als habe der Schuldner bereits zur Zeit der Hinterlegung geleistet [1]).

Die befreiende Wirkung, welche der Hinterlegung in Verbindung mit dem Ausschlusse des Rücknahmerechts innewohnt, tritt aber nur ein, wenn der Gläubiger die Hinterlegung gegen sich gelten lassen muß, weil sie rechtmäßig ist. Ist dies nicht der Fall, so hat die Hinterlegung, auch wenn der Schuldner auf das Recht der Rücknahme verzichtet hat und deswegen die Rücknahme ausgeschlossen ist (§ 376 Abs. 2 Nr. 1) [2]), keine befreiende Wirkung. Der Schuldner, dessen Verbindlichkeit weiter fortbesteht, kann von dem Gläubiger, der die Hinterlegung als eine rechtmäßige nicht anerkennen will, verlangen, daß dieser seine Einwilligung dazu erkläre, daß die hinterlegte Sache an ihn, den Schuldner, zurückgegeben werde [3]).

§ 379. II. 1. Da die Hinterlegung für sich allein noch keine befreiende Wirkung hat, diese vielmehr davon abhängt, ob das Rücknahmerecht des Schuldners in Wegfall kommen wird, so tritt in der Zwischenzeit, bis dies feststeht, ein Schwebezustand ein. Die Forderung des Gläubigers besteht während dieser Zeit zwar fort, sie erleidet aber durch die bloße Hinterlegung, vorausgesetzt, daß sie eine rechtmäßige ist, eine rechtliche Aenderung. Das Gesetz gewährt dem Schuldner während des Schwebezustandes eine dilatorische Einrede: Der Schuldner kann den Gläubiger auf die hinterlegte Sache verweisen [4]).

---

unwiderruflichen machen. Ferner bezieht § 377 sich nur auf das einseitige Rücknahmerecht des § 376. Ertheilt der Gläubiger die Einwilligung zur Rücknahme, so steht das Recht zur Rücknahme nicht dem Gemeinschuldner, sondern dem Konkursverwalter zu. Die Ansicht Planck's (Anm. 2 zu § 377), daß mit Einwilligung des Gläubigers der Schuldner die hinterlegte Sache auch während des Konkurses zurücknehmen kann, erscheint unrichtig. Denn nur das einseitige Rücknahmerecht gehört nicht zur Konkursmasse, die hinterlegte Sache selbst aber fällt, sowie sie wieder frei wird, in die Masse.

[1]) Es sind daher auch Pfänder und Bürgen ex tunc frei. Hat die Leistung an den Gläubiger die Wirkung, daß die Forderung kraft Gesetzes übergeht (vergl. insbesondere (§ 1143 Abs. 1), so wird auch diese Wirkung als bereits mit der Hinterlegung eingetreten angesehen. Zutreffend bemerkt Schollmeyer (Anm. 1 zu § 378), daß der Schuldner auch verlangen kann, daß der Gläubiger die Quittung dahin ausstellt, daß die Leistung zur Zeit der Hinterlegung erfolgt ist.

[2]) Ist das Rücknahmerecht auf Grund des § 376 Abs. 2 Nr. 2 oder Nr. 3 ausgeschlossen, so ist damit auch die Rechtmäßigkeit der Hinterlegung festgestellt.

[3]) Die Klage ist die Bereicherungsklage (§§ 812 Abs. 1 S. 2, 815). — Daß der Rücknahme mit Einwilligung des Gläubigers die Vorschrift des § 376 Abs. 2 nicht entgegensteht, ist klar. Der § 376 handelt von dem Rechte der einseitigen, willkürlichen Rücknahme des Schuldners. Zu beachten ist, daß auch § 377 nur von diesem letzteren Rücknahmerechte handelt. Hat der Schuldner gegen den Gläubiger den Anspruch, daß dieser die Rücknahme bewillige, — sei es, daß die Hinterlegung nicht befreiend wirkte, weil sie nicht rechtmäßig war, sei es, daß die Forderung, zu deren Tilgung hinterlegt wurde, nicht bestand (condictio indebiti) — so ist dieses Rücknahmerecht sowohl dem Zugriffe der Gläubiger unterworfen, als auch ein Bestandtheil der Konkursmasse.

[4]) Die Geltendmachung dieser Einrede führt, wenn sie begründet ist, zur Abweisung der auf Leistung gerichteten Klage. Die prozessualische Lage wird sich gewöhnlich folgender-

2. Während der Schwebezeit tritt ferner die Wirkung ein, daß die Gefahr an der hinterlegten Sache der Gläubiger zu tragen und daß der Schuldner weder Zinsen zu zahlen noch für nicht gezogene Nutzungen Ersatz zu leisten hat. Diese Vorschrift (§ 379 Abs. 2) ist bedeutungslos für den Fall, daß die Hinterlegung wegen des Annahmeverzugs des Gläubigers erfolgt ist, denn dann waren diese Wirkungen bereits als Folgen des Verzugs eingetreten (§§ 300 bis 303), unabhängig davon, ob der Schuldner von der Hinterlegungsbefugniß Gebrauch gemacht hat oder nicht. Die Hinterlegung giebt ihm in dieser Beziehung keine größeren Rechte. Die erwähnten Wirkungen treten aber auch ein, wenn die Hinterlegung aus einem Grunde des § 372 Satz 2 erfolgt ist, dann aber nur als Folgen der Hinterlegung, so daß der Schuldner, wenn er dieser Vortheile theilhaftig werden will, von dem Hinterlegungsrechte Gebrauch machen muß.

3. Der Schwebezustand endet entweder dadurch, daß das Rücknahmerecht durch einen der drei im § 376 Abs. 2 erwähnten Umstände in Wegfall kommt, — dann tritt die im § 378 vorgeschriebene Wirkung ein, — oder dadurch, daß der Schuldner von dem Rücknahmerechte Gebrauch macht, — dann fallen die Wirkungen, welche die Hinterlegung für sich allein nach sich gezogen hat, mit rückwirkender Kraft fort (§ 379 Abs. 3). Dem Schuldner steht die Einrede des § 379 Abs. 1 nicht zu, er trägt die Gefahr, muß Zinsen zahlen und für Nutzungen aufkommen, gleich als ob er überhaupt nicht hinterlegt hätte. War freilich die Hinterlegung wegen des Verzugs des Gläubigers erfolgt, so bleiben die auf Grund des Verzugs eingetretenen Folgen auch dann bestehen und wirken für die Zukunft fort, wenn der Schuldner die Hinterlegung rückgängig macht.

4. Endlich hat die Rücknahme die Wirkung, daß die Kosten der Hinterlegung, welche an sich dem Gläubiger zur Last fallen [5]), vom Schuldner zu tragen sind. Die Kosten einer unrechtmäßigen Hinterlegung hat immer der Schuldner zu tragen. § 381.

III. Die besprochenen Wirkungen der Hinterlegung treten, falls die hinterlegte Sache der Hinterlegungsstelle mit der Post übersendet wird [6]), bereits mit § 375.

maßen gestalten: Der Gläubiger klagt trotz der erfolgten Hinterlegung, die er als eine rechtmäßige nicht anerkennt, auf Leistung. Der Beklagte erhebt die Einrede aus § 379 Abs. 1. Ihn trifft die Beweislast dafür, daß die Hinterlegung rechtmäßig war. Um die Sache mit einem Prozesse zur Entscheidung zu bringen, empfiehlt es sich, daß der Kläger durch Erweiterung des Klageantrags die Unrechtmäßigkeit oder der Beklagte durch Widerklage die Rechtmäßigkeit der Hinterlegung feststellen läßt (§ 280 CPO.). Für den Kläger empfiehlt es sich ferner, daß er, soweit zur Empfangnahme des Gegenstandes von der Hinterlegungsstelle die Einwilligung des Schuldners erforderlich ist (§ 380, vergl. unten unter IV), mit der Klage den eventuellen hierauf gerichteten Antrag verbindet, damit er nicht, wenn er mit der Leistungsklage auf Grund der Einrede des Schuldners abgewiesen wird, einen neuen Prozeß anzustellen braucht. — Ebenso empfiehlt es sich für den beklagten Schuldner, wenn er auf das Rücknahmerecht verzichtet hat und der Gläubiger trotzdem, weil er die Rechtmäßigkeit der Hinterlegung bestreitet, gegen ihn auf Leistung klagt, eventuell, d. h. für den Fall, daß er wegen der Unrechtmäßigkeit der Hinterlegung zur Leistung verurtheilt wird, den Antrag zu stellen, daß der Gläubiger verurtheilt werde, in die Rückgabe der hinterlegten Sache an ihn, den Schuldner, zu willigen. — Zu bemerken ist, daß die Einrede des § 379 auch dem Bürgen (§ 768) und dem Gesammtschuldner (§ 422) zusteht.

[5]) Für den Fall, daß der Gläubiger sich im Verzuge befindet, entspricht die Vorschrift des § 381 dem § 304. Positiver Natur ist sie für den Fall, daß die Hinterlegung aus den Gründen des § 372 Satz 2, insbesondere wegen subjektiver Ungewißheit des Schuldners erfolgt ist. Vergl. Prot. I S. 358, 359.

[6]) Ueber die Beurkundung der Aufgabe zur Post vergl. preuß. Hinter.O. §§ 17, 39, 87a.

der Aufgabe zur Post ein. Vorausgesetzt ist jedoch hierbei, daß die Hinterlegung wirklich erfolgt. Geht die Sache während des Transports unter, so daß es zu einer Hinterlegung überhaupt nicht kommt, so trifft die Gefahr den Schuldner, wenn sie nicht etwa schon auf den Gläubiger wegen seines Verzugs übergegangen ist (§ 300) [7]).

§ 380. IV. Durch die Hinterlegung erlangt der Gläubiger ein unmittelbares Forderungsrecht gegen die Hinterlegungsstelle [8]). Diese ist jedoch nicht immer in der Lage, die Empfangsberechtigung des Gläubigers zu prüfen. Dies ist zunächst der Fall, wenn der Schuldner die Empfangsberechtigung des Gläubigers von der Bewirkung einer Gegenleistung abhängig gemacht hat (§ 373), so daß der Gläubiger, wenn er die Herausgabe der hinterlegten Sache verlangt, entweder nachweisen muß, daß er die Gegenleistung bewirkt oder den Schuldner in Annahmeverzug versetzt hat, oder daß er in Wirklichkeit zu einer Leistung Zug um Zug gegen die dem Schuldner obliegende Leistung garnicht verpflichtet sei. Ferner, wenn die Hinterlegung wegen objektiver oder subjektiver Ungewißheit des Schuldners über die Person des Gläubigers erfolgt ist, in welchen Fällen derjenige, welcher die Auslieferung der hinterlegten Sache verlangt, nachweisen muß, daß er der empfangsberechtigte Gläubiger ist. Da alle diese Voraussetzungen zu prüfen der Hinterlegungsstelle in zahlreichen Fällen kaum möglich sein wird, können die Landesgesetze besondere Vorschriften darüber geben, wie der Gläubiger der Hinterlegungsstelle gegenüber seine Empfangsberechtigung nachzuweisen hat (EG. Art. 145). Die Landesgesetze können insbesondere vorschreiben, daß zum Nachweise der Empfangsberechtigung eine Einwilligungs-Erklärung des Schuldners erforderlich oder genügend ist [9]). Besteht eine solche Vorschrift, so ist der Schuldner verpflichtet, dem Gläubiger diese Erklärung abzugeben, wenn der Gläubiger von ihm — ohne die Hinterlegung — die Leistung selbst hätte fordern können. Diese Verpflichtung des Schuldners besteht sowohl, wenn das Rücknahmerecht ausgeschlossen, der Schuldner also befreit ist, als auch, wenn das Rücknahmerecht nicht ausgeschlossen ist [10]).

§ 382. V. 1. Hätte der Schuldner von dem Rechte, die geschuldete Sache zu hinterlegen, keinen Gebrauch gemacht, so hätte die Möglichkeit vorgelegen, daß der Anspruch des Gläubigers nach längstens 30 Jahren verjährt wäre. Dieser Vortheil soll dem Schuldner dadurch, daß er von der Hinterlegungsbefugniß Gebrauch macht, nicht entzogen werden. Deshalb erlischt das Recht des Gläubigers auf die hinterlegte Sache [11]), wenn er sich 30 Jahr lang bei der Hinterlegungsstelle nicht meldet.

2. Die dreißigjährige Präklusivfrist beginnt mit dem Zeitpunkt, in welchem der Gläubiger die Anzeige von der Hinterlegung empfangen hat. Ist eine

---

[7]) Prot. I S. 360.

[8]) Vergl. oben § 108 unter V, 2.

[9]) Vergl. preuß. HO. § 30 Nr. 3.

[10]) Vergl. Prot. I S. 355, 356. Das Recht ist dem Gläubiger für den letzteren Fall deswegen gegeben, damit er, wenn er die Rechtmäßigkeit der Hinterlegung bestreitet und auf Leistung klagt, gleich in demselben Prozesse für den Fall, daß die Hinterlegung für rechtmäßig erklärt werden sollte, den Eventualantrag auf Abgabe der Einwilligungserklärung stellen kann, und nicht erst zu einem neuen Prozesse gezwungen ist.

[11]) Der § 382 spricht von dem hinterlegten „Betrag“, obwohl die Bestimmung sich offenbar auf jede hinterlegte Sache bezieht. Der fehlgehende Ausdruck erklärt sich dadurch, daß man den Gedanken des § 1171 Abs. 3 verallgemeinern wollte (Prot. IV S. 165) und sich hierbei zu eng an den Wortlaut dieses § anschloß. Vergl. Schollmeyer Anm. 3 zu § 382.

solche Anzeige nicht erfolgt, so beginnt die Frist überhaupt nicht zu laufen und es tritt das Erlöschen nicht ein[12]).

3. Ist das Recht des Gläubigers durch Ablauf der Frist erloschen, so ist der Schuldner zur Rücknahme der hinterlegten Sache selbst dann berechtigt, wenn er auf das Rücknahmerecht verzichtet hatte. Auch wenn das Rücknahmerecht nicht ausgeschlossen war (§ 379), ist der Gläubiger nicht mehr berechtigt, einen Anspruch gegen den Schuldner zu erheben. Denn die Hinterlegung hatte die Wirkung, daß der Schuldner den Gläubiger auf die hinterlegte Sache verweisen und jede andere Befriedigung verweigern konnte. Da nunmehr auch das Recht des Gläubigers auf die hinterlegte Sache erloschen ist, so kann er eine Befriedigung überhaupt nicht mehr verlangen[13]).

4. Die Landesgesetze können bestimmen, daß mit dem Ablauf einer gewissen Zeit der Anspruch auf Rückgabe der hinterlegten Sache zu Gunsten des Fiskus erlischt. Diese Frist muß jedoch, damit das im § 382 dem Schuldner gegebene Rücknahmerecht nicht vereitelt werde, mindestens 31 Jahre seit dem Empfange der Anzeige von der Hinterlegung betragen, so daß der Schuldner das Rücknahmerecht des § 382 wenigstens ein Jahr lang ausüben kann (EG. Art. 145)[14]).

§ 111. Das Verkaufsrecht des Schuldners.

I. Ist die bewegliche Sache, welche den Gegenstand des Schuldverhältnisses bildet, zur Hinterlegung nicht geeignet, so steht dem Schuldner die Befugniß zu, die Sache öffentlich versteigern zu lassen und den Erlös zu hinterlegen. Jedoch sind die Voraussetzungen, unter denen der Schuldner von dieser Befugniß Gebrauch machen kann, enger als die für die Hinterlegung. Zwar steht beim Verzuge des Gläubigers dem Schuldner das Verkaufsrecht ohne Weiteres zu. Liegt aber nur eine an sich zur Hinterlegung berechtigende objektive oder subjektive Ungewißheit über die Person des Gläubigers vor, so ist im Interesse des Gläubigers das Verkaufsrecht davon abhängig gemacht, daß der Verderb der

§ 383.

[12]) Dies ist auch der Fall, wenn die Anzeige deshalb unterblieben ist, weil sie unthunlich ist (§ 374 Abs. 2). Unterläßt der Schuldner die Anzeige aus diesem Grunde, so ist er zwar nicht schadensersatzpflichtig, er hat aber andererseits den Nachtheil, daß die Frist des § 382 nicht in Lauf gesetzt wird. Will er das erreichen, so muß er die Anzeige unter allen Umständen, gegebenen Falls nach § 132 Abs. 2, bewirken. Vergl. Planck Anm. 2 zu § 382, Neumann Anm. 1 zu § 374, A. M. Schollmeyer Anm. 2 zu § 382, Oertmann Anm. 2 zu § 382.

[13]) Der Ansicht Schollmeyers (Anm. 3a zu § 382), daß auch die Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner erlischt, erscheint nicht zutreffend. Der § 382 schreibt dies nicht vor. Ist das Erlöschen der Forderung nicht schon nach § 378 eingetreten, so bleibt die Forderung mit der Einrede des § 379 Abs. 1 behaftet und aus der hinterlegten Sache kann der Gläubiger keine Befriedigung verlangen, weil dieses Recht durch § 382 erloschen ist.

[14]) Nach der preuß. HO. (§§ 58 ff.) werden die Betheiligten im Wege des Aufgebotsverfahrens mit ihren Ansprüchen gegen die Staatskasse ausgeschlossen. Der Erlaß des Aufgebots kann nicht vor dem Ablaufe von 31 Jahren von dem Ende des Monats an, in welchem der Gläubiger die Anzeige des Schuldners von der Hinterlegung empfangen hat, beantragt werden. Da somit die Hinterlegungsstelle ein erhebliches Interesse daran hat, zu erfahren, wann der Gläubiger von der Hinterlegung benachrichtigt worden ist, bestimmt § 18 Abs. 3 der preuß. HO., daß die Hinterlegungsstelle den Schuldner zu dem Nachweis aufzufordern hat, daß und wann der Gläubiger die Anzeige empfangen hat. Wird der Nachweis nicht binnen 3 Monaten geführt, so macht die Hinterlegungsstelle im Namen und auf Kosten des Schuldners die Anzeige. Diese Anzeige setzt die Frist des § 382 in Lauf.

Sache zu besorgen oder daß mit der Aufbewahrung unverhältnißmäßige Kosten verbunden sind [1]).

2. Die Versteigerung der nicht hinterlegungsfähigen Sache erfolgt lediglich zu dem Zwecke, in dem Erlös eine hinterlegungsfähige Sache zu erlangen. Der Versteigerung wohnt somit keine selbständige Bedeutung inne, sie hat für sich allein keinen Einfluß auf das Schuldverhältniß [2]). Trotz der Versteigerung bleibt, auch wenn sie rechtmäßig erfolgt ist, der Schuldner dem Gläubiger zur Leistung der nicht hinterlegungsfähigen Sache verpflichtet und steht dem Gläubiger nur dieser Anspruch zu [3]). Erst die Hinterlegung des Erlöses [4]) bewirkt eine Aenderung des Schuldverhältnisses und zwar tritt, je nachdem das Rücknahmerecht ausgeschlossen ist oder nicht, die Befreiung des Schuldners (§ 378) oder sein Recht, den Gläubiger auf die hinterlegte Sache zu verweisen (§ 379), ein.

3. Diese Wirkungen treten jedoch nur ein, wenn die Versteigerung eine rechtmäßige ist. Die Voraussetzungen hierfür sind:

a) Die Versteigerung muß am Leistungsort erfolgen [5]). Ist jedoch an

---

[1]) Vergl. M. II S. 102. Fehlt es an dieser Voraussetzung, so ist die Versteigerung und die Hinterlegung des Erlöses unrechtmäßig gewesen und der Schuldner ist von seiner Verpflichtung zur Leistung der Sache nicht befreit. Kann er in Folge der Versteigerung der Sache nicht leisten, so kommen die §§ 280, 325 zur Anwendung. — Im Falle des § 372 S. 2 muß der Schuldner, wenn die besondere Voraussetzung des § 383 nicht vorliegt, die nicht hinterlegungsfähige Sache weiter für den Gläubiger aufbewahren.

[2]) Vgl. M. II S. 103. Hierdurch insbesondere unterscheidet sich das Verkaufsrecht des § 383 von dem Selbsthülfeverkaufe des § 373 Abs. 2 HGB. (Vgl. D. zum Entw. eines HGB. S. 232), welcher „für Rechnung des säumigen Käufers" (§ 373 Abs. 3 HGB.) erfolgt, so daß sein Anspruch auf Lieferung der Waare sich in einen Anspruch auf den Erlös verwandelt. Auch sonst ist das Verkaufsrecht des § 383 von dem Rechte des Selbsthülfeverkaufs des § 373 HGB. verschieden. Letzteres ist insofern enger, als es nur beim Annahmeverzuge des Käufers gegeben ist, aber insofern weiter, als es sich auch auf hinterlegungsfähige Sachen, z. B. Werthpapiere und Kostbarkeiten, erstreckt. — Der § 373 HGB. giebt dem Verkäufer beim Annahmeverzuge des Käufers das weitere Recht, „die Waare auf Gefahr und Kosten des Käufers in einem öffentlichen Lagerhaus oder sonst in sicherer Weise zu hinterlegen". Steht auch nach BGB. dem Schuldner beim Annahmeverzuge des Gläubigers ein solches Hinterlegungsrecht zu? Diese Frage ist zu verneinen. Macht der Schuldner nicht von dem Rechte des § 383 Gebrauch, so bleibt er zur Aufbewahrung der Sachen verpflichtet mit der aus § 300 Abs. 1 sich ergebenden Modifikation. Hinterlegt er die Sachen bei einem Dritten, so erfolgt die Hinterlegung nicht auf Gefahr des Gläubigers, vielmehr hat der Schuldner nach § 278 Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit des Dritten zu vertreten. Die durch die Hinterlegung entstehenden Kosten kann der Schuldner nach Maßgabe des § 304 ersetzt verlangen. —

[3]) Es folgt hieraus insbesondere, daß der Schuldner nicht eine ihm gegen den Gläubiger zustehende Forderung, selbst wenn sie aus demselben Schuldverhältnisse herrührt, gegen den Erlös aufrechnen, vom Erlös abziehen darf. Macht z. B. der Verkäufer wegen des Annahmeverzugs des Käufers von dem Rechte des § 383 Gebrauch, so muß er, wenn auch der Kaufpreis fällig ist, trotzdem den Erlös hinterlegen. Er kann nur das Recht des Gläubigers zum Empfange des Erlöses von der Zahlung des Kaufpreises abhängig machen (§ 373). Vgl. Müller a. a. O. S. 463, Schollmeyer Anm. 1 zu § 383, A. M. Oertmann Anm. 2 zu § 383. — Wenn Planck (Anm. 1 zu § 383) bemerkt, daß die Ausantwortung des Erlöses an den Gläubiger der Hinterlegung gleichsteht, so ist dies insofern richtig, als der Gläubiger, der den Erlös angenommen und damit die Versteigerung als eine rechtmäßige anerkannt hat, nicht geltend machen kann, der Erlös hätte hinterlegt werden müssen.

[4]) Wann diese zu erfolgen hat, ist im Gesetze nicht vorgeschrieben. Solange der Schuldner nicht hinterlegt hat, sind die Wirkungen der §§ 378, 379 nicht eingetreten

[5]) Während beim Pfandverkaufe bestimmt ist, daß die Nichtbeobachtung der im § 1236 gegebenen Vorschriften über den Ort der Versteigerung nur eine Schadensersatzpflicht begründet (§ 1243 Abs. 2), fehlt es hier an einer solchen Vorschrift. Die Fassung des § 383, insbesondere des Abs. 1 („am Leistungsorte versteigern lassen"), ergiebt, daß hier die Nichtbeobachtung dieser Vorschriften die Versteigerung zu einer unrechtmäßigen macht. Ebenso Planck Anm. 3 zu § 383, Müller a. a. O. S. 457 ff., Schollmeyer Anm. 4 zu § 383, A. M. Oertmann Anm. 3 zu § 383, Kuhlenbeck Anm. 3 zu § 383.

diesem Orte ein angemessener Erfolg von der Versteigerung nicht zu erwarten, so ist die Sache an einem geeigneten anderen Orte zu versteigern. Ueber die Beweislast ist zu bemerken: Ist die Versteigerung am Leistungsort erfolgt, so steht dem Gläubiger der Beweis offen, daß an diesem Orte ein angemessener Erfolg nicht zu erwarten und daß ein anderer Ort für die Versteigerung geeignet war. Hat der Schuldner an einem anderen Orte versteigern lassen, so trifft ihn die Beweislast dafür, daß am Leistungsort kein angemessener Erfolg zu erwarten und daß der Versteigerungsorte ein geeigneter war.

b) Die Versteigerung muß eine öffentliche sein, d. h. sie muß durch eine zu Versteigerungen befugte Person (§ 383 Abs. 3) erfolgen[6]), es muß jedem Kauflustigen die Gelegenheit zum Mitbieten gegeben sein[7]) und es müssen Zeit und Ort der Versteigerung öffentlich bekannt gemacht werden.

Bei Sachen, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, kann[8]) der Schuldner nach Maßgabe des § 385[9]) den freihändigen Verkauf der Sache bewirken. **§ 385.**

c) Der Versteigerung oder dem freihändigen Verkaufe muß eine Androhung[10]) an den Gläubiger vorangehen. Da die Androhung den Zweck haben soll, dem Gläubiger die Möglichkeit zu gewähren, durch die Annahme der Sache deren Versteigerung abzuwenden, muß zwischen der Androhung und der Versteigerung ein angemessener Zeitraum liegen. Das Erforderniß der Androhung fällt fort, wenn sie unthunlich ist[11]) und ferner, wenn die Sache derart dem Verderb ausgesetzt ist, daß mit dem Aufschube der Versteigerung bis nach einer erfolgten Androhung Gefahr verbunden ist. Die Beweislast dafür, daß die Androhung erfolgt ist oder daß ein berechtigter Grund für ihre Unterlassung vorgelegen hat, trifft den Schuldner. Liegt eine dieser Voraussetzungen nicht vor, so treten trotz der Hinterlegung des Erlöses die Wirkungen der Hinter- **§ 384.**

---

[6]) Zuständig sind: a) jeder für den Versteigerungsort bestellte Gerichtsvollzieher. Es darf dem Gerichtsvollzieher die Befugniß zur Vornahme öffentlicher Versteigerungen landesgesetzlich nicht entzogen werden, da diese seine Befugniß auf Reichsgesetz beruht. (Vgl. für Preußen § 74 AG. zum GVG. und § 97 der Geschäfts-Anw. für die Gerichtsvollz. vom 1. Dec. 1899. (JMBl. S. 627 ff.). b) Nach den Vorschriften der Landesgesetze befugte andere Beamte. (Vgl. für Preußen: Art. 31 PrFG. [Notare], vgl. auch Art. 38, ferner Art. 109 PrFG. [die Dorfgerichte], § 46 der Verf. vom 28. Dec. 1899 JMBl. S. 889 ff. [die Ortsgerichte in den Oberlandesgerichtsbezirken Frankfurt und Cassel]); c) öffentlich angestellte Versteigerer (Gew.-O. § 36).

[7]) Das Gesetz schreibt vor, daß die Versteigerung „öffentlich" erfolgen muß, ohne diesen Begriff näher zu bestimmen. Oeffentlich ist die Versteigerung, wenn dem Publikum die Gelegenheit zum Mitbieten gewährt ist. Es müssen insbesondere Ort und Zeit so gewählt sein, daß das Publikum sich an der Versteigerung betheiligen kann. — Im § 373 Abs. 4 HGB. ist bestimmt, daß der Verkäufer und der Käufer bei der öffentlichen Versteigerung mitbieten können. Dasselbe ist rücksichtlich des Gläubigers und des Schuldners bei der Versteigerung des § 383 anzunehmen. Dagegen ist das Verbot des § 457 zu beachten.

[8]) Auch wenn die Voraussetzungen des § 385 vorliegen, kann der Schuldner statt des freihändigen Verkaufs die Versteigerung nach § 383 Abs. 3 bewirken lassen, selbst wenn sie kostspieliger ist. Vergl. Müller a. a. O. S. 457.

[9]) Der freihändige Verkauf muß bewirkt werden entweder durch eine der in § 383 Abs. 3 bezeichneten Personen (s. Anm. 6) oder durch einen zu freihändigen Verkäufen öffentlich ermächtigten Handelsmäkler. Ueber die Ertheilung der Ermächtigung vergl. Art. 13 AG. zum BGB.

[10]) Aus der Wortfassung des § 384 ergiebt sich, daß die Versteigerung dem Gläubiger anzudrohen ist. Eine Benachrichtigung von der Zeit und dem Orte der Versteigerung, wie im § 373 Abs. 5 HGB. ist nicht vorgeschrieben. Die Androhung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, sie wird also unter Abwesenden erst mit dem Zugehen wirksam (§ 130).

[11]) Ueber den Begriff der Unthunlichkeit vergl. oben § 90 Anm. 5.

legung (§§ 378, 379) nicht ein. Der Schuldner bleibt zur Leistung der geschuldeten Sache und, falls er sie nicht leisten kann, zum Schadensersatze verpflichtet.

4. Von der erfolgten Versteigerung oder dem Verkaufe hat der Schuldner den Gläubiger unverzüglich zu benachrichtigen, es sei denn, daß die Benachrichtigung unthunlich ist. Die Unterlassung dieser Benachrichtigung berührt die Rechtmäßigkeit der Versteigerung nicht, verpflichtet vielmehr den Schuldner nur zum Schadensersatze.

§ 386. 5. Die Kosten der Versteigerung oder des freihändigen Verkaufs fallen dem Gläubiger zur Last. Es ergiebt sich hieraus, daß es genügt, wenn der Schuldner den Erlös abzüglich der Kosten hinterlegt. Nimmt der Schuldner den hinterlegten Erlös wieder zurück (§ 376 Abs. 1), so gilt die Hinterlegung als überhaupt nicht erfolgt (§ 379 Abs. 3), der Schuldner ist zur Leistung der Sache verpflichtet und hat daher auch die Kosten der Versteigerung selbst zu tragen.

§ 112. Die Aufrechnung. Die Voraussetzungen.

§ 387. Die Aufrechnung[1]) bezweckt die Aufhebung zweier einander gegenüberstehender gleichartiger Forderungen dadurch, daß der eine Theil erklärt, er rechne seine Forderung gegen die Forderung des anderen Theiles auf[2]). Die Voraussetzungen der Aufrechnung sind:

1. Die Forderungen müssen gegenseitige sein, d. h. es muß der Gläubiger der einen Forderung der Schuldner der anderen sein. Aus diesem Erfordernisse der Gegenseitigkeit, welche zur Zeit der Aufrechnungserklärung vorliegen muß, folgt zunächst, daß man nur seine eigene Forderung, nie die eines Dritten aufrechnen kann. Daher ist insbesondere der Bürge nicht berechtigt, eine Forderung des Hauptschuldners gegen die Forderung des Gläubigers aufzurechnen[3]). Aus demselben Grunde kann man seine eigene Forderung nicht aufrechnen gegen eine Forderung, welche dem anderen Theile nicht gegen den Aufrechnenden, sondern gegen einen Dritten zusteht. Die Befugniß eines Dritten, die Schuld eines Anderen zu bezahlen (§ 267), schließt somit nicht die Befugniß in sich, diese Tilgung auch durch Aufrechnung zu bewirken. Diese Befugniß

---

[1]) Von der sog. gesetzlichen Aufrechnung, von welcher hier gehandelt wird, ist die vereinbarte, vertragsmäßige zu unterscheiden. Ihre Voraussetzungen und ihre Wirkung hängen lediglich von dem Willen der Parteien ab. Insbesondere kann rechtsgültig auch die Aufrechnung einer Forderung, deren Bezahlung nicht erzwungen werden kann, z. B. einer Spielschuld, vereinbart werden. Vergl. RG. Bd. 1 S. 130 und über den Aufrechnungsvertrag Endemann I § 146.

[2]) Die Terminologie des BGB. ist die, daß der Erklärende seine Forderung gegen die Forderung des anderen Theiles aufrechnet. Wenn das Gesetz sagt: eine Forderung aufrechnen (§ 387), eine Forderung wird aufgerechnet (§ 390), die Aufrechnung einer Forderung (§ 392), so meint es die Forderung des aufrechnenden Theiles. Die Forderung des anderen Theiles wird als die Forderung bezeichnet, gegen welche aufgerechnet wird (§§ 393, 394, 395). Vergl. §§ 145, 302, 322, 529 CPO.

[3]) Anders im preuß. Rechte, welches im § 328 I 16 ALR. dem Bürgen diese Kompensationsbefugniß gewährte. Das BGB. giebt dem Bürgen statt dessen im § 770 Abs. 2 eine dilatorische Einrede, wenn der Gläubiger sich durch Aufrechnung gegen eine Forderung des Hauptschuldners befriedigen könnte. Ebenso wie der Bürge kann auch der dinglich verhaftete Grundstückseigenthümer gegen die dingliche Hypothekenforderung nicht eine Forderung aufrechnen, welche dem persönlich Verpflichteten gegen den Hypothekengläubiger zusteht. Daher ist ihm dieselbe dilatorische Einrede gegeben wie dem Bürgen (§ 1137). Ebenso liegt es im Falle des § 1211 und im Falle des § 129 Abs. 3 HGB. Auf dem Erfordernisse der Gegenseitigkeit beruhen ferner die Vorschriften der §§ 417 Abs. 1 S. 2, 422 Abs. 2, 2040 Abs. 2. S. dagegen § 1376 Nr. 2.

steht dem Dritten nur in denjenigen Fällen zu, in denen das Gesetz ihm in seinem Interesse das selbständige Recht giebt, den Gläubiger zu befriedigen[4]). Endlich folgt aus dem Erfordernisse der Gegenseitigkeit, daß der Aufrechnende nicht eine Forderung aufrechnen kann, die ihm nicht gegen den anderen Theil, sondern gegen einen Dritten zusteht[5]).

2. Die Forderungen müssen ihrem Gegenstande nach gleichartig sein. Es sind demgemäß in der Regel nur Forderungen, welche die Leistung vertretbarer Sachen zum Gegenstande haben, insbesondere Geldforderungen, zur Aufrechnung geeignet. Der Rechtsgrund, auf welchem die Forderungen beruhen, ist gleichgültig, es ist insbesondere, im Gegensatze zum Zurückbehaltungsrechte, nicht erforderlich, daß zwischen den beiden Forderungen ein rechtlicher oder auch nur ein thatsächlicher Zusammenhang besteht. Das Erforderniß der Gleichartigkeit braucht, ebenso wie das der Gegenseitigkeit, nur zur Zeit der Aufrechnungserklärung vorzuliegen; der Umstand, daß die Forderungen in einem früheren Zeitpunkte nicht gleichartig waren, steht der Aufrechnung nicht entgegen. — Eine Einschränkung des Erfordernisses der Gleichartigkeit enthält die Vorschrift, daß die Verschiedenheit des Leistungs- oder Ablieferungsorts[6]) für die beiden Forderungen die Aufrechnung nicht ausschließt. Der aufrechnende Theil ist jedoch dem anderen Theile schadensersatzpflichtig, und zwar muß er denjenigen Schaden ersetzen, den der andere Theil dadurch erleidet, daß er die ihm gebührende Leistung nicht an dem bestimmten Orte erhält, oder daß er die ihm obliegende Leistung nicht an dem bestimmten Orte bewirken kann[7]). **§ 391 Abs. 1.**

3. Die Forderungen müssen rechtsbeständig sein. Besteht eine der

---

[4]) §§ 268, 1142, 1150, 1224, 1249. Vergl. oben § 79 und Prot. I S. 362.

[5]) Ausnahmen sind bestimmt für den debitor cessus (§ 406), den Miether bei Veräußerung des Grundstücks (§ 575).

[6]) Auch bei Gleichheit des Leistungsorts können die Verpflichtungen beider Theile insofern verschieden sein, als der eine den Gegenstand der Leistung auf seine Gefahr und Kosten nach einem anderen Orte zu senden hat (vergl. §§ 270 Abs. 1, 447 Abs. 1, Prot. I S. 371). Z. B.: A. in Hamburg hat dem B. in Berlin ein Darlehen vertragsmäßig in Berlin zurückzuzahlen; B. schuldet dem A. Geld aus einem Kaufe. Auch für B. ist der Erfüllungsort Berlin (§ 269), er hat aber das Geld auf seine Gefahr und Kosten dem A. nach Hamburg zu übermitteln (§ 270 Abs. 1). Rechnet nun B. auf, so kann A. dadurch in Nachtheil kommen, daß er den Geldbetrag, den ihm B. kosten- und gefahrlos übersenden mußte, sich jetzt vielleicht auf seine Gefahr und Kosten senden lassen muß.

[7]) In dem Beispiele der Anm. 6 kann A. sowohl den Schaden ersetzt verlangen, den er dadurch erleidet, daß ihm die ihm gebührende Summe nicht nach Hamburg übermittelt wird, als auch den Schaden, den er dadurch erleidet, daß er seine Schuld in Folge der Aufrechnung nicht in Berlin bezahlen kann. Hat er z. B. den Betrag seiner Schuld bereits nach Berlin an einen Bankier zur Auszahlung an B. gesandt und läßt er sich nun in Folge der Aufrechnung das Geld wieder zurückschicken, so muß ihm B. diese Transportkosten ersetzen, auch ihm dafür aufkommen, daß er, A., die Gefahr dieses Rücktransports zu tragen hat. — Ueber den Umfang des von dem aufrechnenden Theile zu ersetzenden Schadens besteht Streit. (Vergl. über die beiden entgegengesetzten Meinungen Prot. I S. 372, 373.) Wenn auch nach dem Wortlaute des Gesetzes nicht blos die Kosten des Transports zu vergüten sind, sondern aller Schaden zu ersetzen ist, so ist doch zu beachten, daß die Aufrechnung Erfüllung ist, daß daher nicht der Schaden ersetzt verlangt werden kann, welcher dem anderen Theile dadurch entstanden ist, daß er nicht den Gegenstand der Leistung selbst erhalten hat, vielmehr muß der Schaden gerade damit im Zusammenhange stehen, daß die Leistung nicht an dem bestimmten Orte bewirkt wird. Außerdem ist die Vorschrift des § 254 Abs. 2 zu beachten. Der Gläubiger, welcher weiß, daß seiner Forderung eine kompensable Gegenforderung gegenübersteht, muß damit rechnen, daß Aufrechnung erfolgen werde und daß er daher möglicher Weise die Leistung nicht an dem bestimmten Orte erhalten werde; er muß also die erforderliche Sorgfalt anwenden, um den Schaden abzuwenden oder doch zu mindern.

Forderungen nicht zu Recht, sei es, daß sie überhaupt nicht entstanden, sei es, daß sie wieder erloschen ist[8]), so ist die Aufrechnung unwirksam. Eine bestehende Forderung wird daher durch Aufrechnung gegen eine nicht bestehende Forderung nicht getilgt; der Aufrechnende ist nicht auf die Klage aus der ungerechtfertigten Bereicherung beschränkt, kann vielmehr seine in Wahrheit noch bestehende Forderung geltend machen[9]).

4. Die Forderung, welche aufgerechnet wird, muß klagbar sein. Eine Forderung, welcher das Gesetz die Klagbarkeit versagt, wenn auch das Geleistete nicht zurückgefordert werden kann (§§ 656, 762), ist zur Aufrechnung nicht geeignet. Wohl aber kann gegen eine solche Forderung aufgerechnet werden, da in der Aufrechnung eine Leistung Seitens des Aufrechnenden liegt, die nicht zurückgefordert werden kann[10]).

§ 390. 5. Auch eine Forderung, der eine Einrede entgegensteht, kann nicht aufgerechnet werden. Denn eine Forderung, die zwar zu Recht besteht, deren Befriedigung der Schuldner aber dauernd oder auch nur vorübergehend verweigern darf, kann nicht gegen den Willen des Schuldners von ihm auf dem Wege der Aufrechnung eingezogen werden[11]). Eine Ausnahme bildet die Einrede der Verjährung insofern, als die Aufrechnung trotz der Verjährung dann zulässig ist, wenn die Forderung zu der Zeit noch nicht verjährt war, zu welcher sie gegen die andere Forderung aufgerechnet werden konnte[12]). — Gegen eine Forderung, welcher eine Einrede entgegensteht, kann stets aufgerechnet werden, da es im Belieben des Schuldners steht, diese Forderung trotz der Einrede zu berichtigen[13]).

6. Der Aufrechnende muß zur Zeit der Aufrechnungserklärung berechtigt sein, die ihm Seitens des anderen Theiles gebührende Leistung zu fordern und die ihm dem anderen Theile gegenüber obliegende Leistung zu bewirken. Wenn somit auch die Forderung des Aufrechnenden fällig sein muß, da er vor der Fälligkeit nicht fordern kann (vgl. § 271)[14]), so ist doch die Fälligkeit der

---

[8]) Eine Ausnahme bildet die Vorschrift des § 357, denn wenn der Rücktritt erklärt ist, besteht die Verbindlichkeit nicht mehr.

[9]) So schon für das Preuß. Recht OTr. Bd. 54 S. 120. Vgl. Dernburg II § 126 unter I, Planck Anm. 2 zu § 387.

[10]) Vgl. M. II S. 106. Es kann also nicht eine Forderung aus dem Spiele, wohl aber gegen eine Forderung aus dem Spiele aufgerechnet werden.

[11]) So kann beispielsweise eine Forderung nicht aufgerechnet werden, der die exceptio non impleti contractus entgegensteht. A. hat von B. ein Darlehen erhalten und dem B. Waare verkauft, sie aber noch nicht übergeben. Er kann die Kaufpreisforderung nicht gegen die Darlehensforderung des B. aufrechnen.

[12]) Vgl. Prot. I S. 362 ff. A. liefert dem B. im März 1901 Kleidungsstücke, B. dem A. im December 1903 einen Schreibtisch. Im Jahre 1904 erklärt A. die Aufrechnung; sie ist wirksam, da die Forderung des A. im December 1903, als sie aufgerechnet werden konnte, noch nicht verjährt war. (§§ 196, 201.) Bestand die Gegenforderung des B. in einem verzinslichen Darlehen, welches B. dem A. zwar vor dem 31. December 1903 gegeben hatte, das jedoch am 1. April 1904 fällig war, so wäre die Aufrechnung der Forderung des A. gegen diese Darlehensforderung unwirksam. Denn da bei einem verzinslichen Darlehen anzunehmen ist, daß der Schuldner in der Regel nicht vor der Fälligkeit leisten kann, so wäre die Forderung des A. zu der Zeit, zu welcher er aufrechnen konnte, bereits verjährt gewesen. — Eine Einschränkung der Vorschrift des § 390 S. 2 enthalten die §§ 479, 639 Abs. 1.

[13]) In dem Beispiele der Anm. 11 kann B. seine Darlehensforderung gegen die Kaufpreisforderung des A. aufrechnen; er hat dann freiwillig den Kaufpreis vorgeleistet. — Inwieweit dem Schuldner, der gegen eine mit einer Einrede behaftete Forderung aufgerechnet, diese also getilgt hat, ein Anspruch aus der ungerechtfertigten Bereicherung zusteht, entscheidet sich nach den Vorschriften der §§ 813, 814.

Forderung des anderen Theiles kein Erforderniß der Aufrechnung, es genügt vielmehr, daß der Aufrechnende zur Zeit der Aufrechnung zur Leistung befugt ist (vgl. § 271 Abs. 2)[15]. — Suspensiv bedingte Forderungen sind zur Aufrechnung nicht geeignet, dagegen kann eine auflösend bedingte Forderung aufgerechnet werden, ebenso wie die Aufrechnung gegen sie zulässig ist[16].

§ 113. Die Aufrechnungserklärung und die Wirkungen der Aufrechnung.

1. Die Aufrechnung vollzieht sich durch eine dem anderen Theile gegenüber abgegebene Erklärung. Diese Aufrechnungserklärung bringt beide Forderungen, sowohl die aufgerechnete, als diejenige, gegen welche aufgerechnet wird, soweit sie sich decken, zum Erlöschen, und zwar tritt nach positiver Gesetzesvorschrift dieses Erlöschen derart mit rückwirkender Kraft ein, daß die Forderungen bereits in dem Augenblick als erloschen gelten, in welchem sie sich als aufrechenbar gegenübergestanden haben[1]. **§§ 388, 389.**

2. Die Aufrechnungserklärung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. Es gelten für sie, insbesondere hinsichtlich der Frage, in welchem

---

[14]) ALR. § 356 I 16 bestimmte, daß, wer seinem Schuldner freiwillig Zahlungsfristen gestattet hat, das, was er ihm in der Zwischenzeit schuldig wird, auf die nächstkünftigen Zahlungstermine abrechnen kann. Dies muß auch für das BGB. gelten. Die Stundung einer fälligen Forderung hat regelmäßig nur die Bedeutung, daß man dem Schuldner gestatten wolle, die Zahlung hinauszuschieben, enthält aber nicht auch die Erklärung, daß man, wenn man inzwischen seinem Schuldner etwas schuldig werde, nicht aufrechnen, sondern baar zahlen wolle. Vgl. M. II S. 105.

[15]) A. hat gegen seinen Handlungsgehülfen eine Schadensersatzforderung von 300 Mk. Der Handlungsgehülfe hat ein monatliches Gehalt von 200 Mk., von welchem somit 75 Mk. pfändbar sind. Im März erklärt A. dem Handlungsgehülfen, daß er seine Schadensersatzforderung gegen den pfändbaren Theil des Gehalts aufrechnen und somit in den nächsten 4 Monaten je 75 Mk. vom Gehalt in Abzug bringen werde. Diese Aufrechnung ist wirksam.

[16]) Vgl. RG. in JWSch. 1901 S. 423 Nr. 5. In dieser Entsch. ist ausgesprochen, daß eine Kostenforderung nicht erst mit der Festsetzung entsteht und fällig wird, sondern mit der Vollstreckbarkeit des Urtheils, welches die Kosten zuerkennt; von diesem Zeitpunkt an ist die Kostenforderung zur Aufrechnung geeignet.

[1]) Was das Wesen der Aufrechnung anbetrifft, so ist bestritten, ob die vernichtende Wirkung durch das Gegenüberstehen der Forderungen begründet wird, allerdings unter der Rechtsbedingung, daß eine der Parteien ihren Willen, aufrechnen zu wollen, erklärt, (so Oertmann Vorb. 2 vor § 387, Dernburg II 1 § 127, Endemann I § 144), oder ob jene Wirkung lediglich der Aufrechnungserklärung zukommt. (So Planck Vorb. 2 vor § 387, Schollmeyer Vorb. 1b, Cosack I § 111 unter II.) Für das BGB. ist die letztere Meinung die richtige. Zunächst kann kein Zweifel darüber sein, daß man dem Gesetze diese Konstruktion hat zu Grunde legen wollen. Dies ergeben klar die Motive (II S. 106 ff.), nach denen der Erklärende durch seine einseitige Willenserklärung die Forderungen zum Erlöschen bringt; die rückwirkende Kraft stehe zwar mit dieser Auffassung nicht im Einklange, müsse aber „im Wege positiver Satzung durch eine juristische Fiktion" vorgeschrieben werden, weil sonst der praktische Werth des Rechtsinstituts der Kompensation verkümmert werde (S. 109). Dieser Konstruktion ist die zweite Kommission beigetreten (Prot. I S. 366, 367). Es muß aber auch anerkannt werden, daß diese Auffassung im Gesetze selbst einen zuverlässigen Ausdruck gefunden hat. Denn einerseits spricht der § 388 es aus, daß die Aufrechnung durch die Erklärung erfolgt, andererseits stellt sich der § 389 durch seine Fassung deutlich als eine Fiktion dar, er sagt nicht, daß die Forderungen ex tunc erlöschen, sondern als erloschen gelten. Auch die rein positive Vorschrift des § 390 S. 2 — welche der erste Entwurf konsequenter Weise nicht kannte (M. II S. 106) und welche die zweite Kommission aus überwiegenden Gründen der Billigkeit und Zweckmäßigkeit (Prot. I S. 363) aufgenommen hat — war in Folge jener Auffassung erforderlich. Ferner tritt im BGB. nie die Auffassung hervor, daß schon das bloße Gegenüberstehen der Forderungen sie in ihrem rechtlichen Bestande beeinflusse.

Zeitpunkte sie wirksam wird, die allgemeinen für einseitige empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte gegebenen Vorschriften[2]). Jedoch ist die Erklärung unwirksam, wenn sie unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung abgegeben wird[3]). — Die Aufrechnungserklärung bezweckt, die gegenüberstehenden Forderungen zum Erlöschen zu bringen, sie ist somit stets ein materielles Rechtsgeschäft, mag sie auch im Laufe eines Rechtsstreits und innerhalb desselben erfolgen[4]). Sie ist

---

²) Vergl. oben § 42.

³) Diese Vorschrift bezieht sich jedoch nicht auf die sog. Eventualaufrechnung, d. h. die Aufrechnung für den Fall, daß die klagend geltend gemachte Forderung sich als bestehend erweist. Daß die Forderung, gegen welche aufgerechnet wird, besteht, ist eine gesetzliche Voraussetzung der Aufrechnung (s. oben § 112 unter 3). Die Hinzufügung dieser gesetzlichen Voraussetzung macht die Erklärung zu keiner bedingten (vergl. oben § 64 S. 261). Vergl. M. II S. 108. Schollmeyer Anm. 2c zu § 388. S. ferner Eccius, die eventuelle Aufrechnung in Gruchot Bd. 42 S. 15 ff., Förtsch, die sog. eventuelle Aufrechnung unter dem Rechte des BGB., ebenda S. 225 ff.

⁴) Für den Prozeß selbst kommt nicht die Aufrechnungserklärung in Betracht, sondern der Einwand, es sei die Aufrechnung erfolgt und dadurch die Klageforderung erloschen. Daher spricht die CPO. (§§ 145 Abs. 3, 302, 322, 529) immer davon, daß der Beklagte die Aufrechnung geltend macht, nicht daß er die Aufrechnung erklärt, oder aufrechnet, oder, wie es in der früheren CPO. hieß, eine Gegenforderung vorbringt oder geltend macht. Es ist aber selbstverständlich, daß der Beklagte sich nicht ausdrücklich in dieser Weise erklären muß. Der Beklagte, der erklärt, daß er gegen die Klageforderung eine Gegenforderung aufrechne, will damit zugleich geltend machen, daß in Folge dessen nunmehr die Klageforderung erloschen sei. — Was die viel erörterte Frage (vergl. Planck Anm. 1 zu § 388, Dernburg II § 125 unter III und insbesondere Petzold: Ermächtigt die Prozeßvollmacht zur Aufrechnung? bei Gruchot Bd. 44 S. 845 ff. und die in diesem Aufsatz angeführten Schriftstellen) anbetrifft, ob die Prozeßbevollmächtigten der Parteien auf Grund der Prozeßvollmacht zur Abgabe und Entgegennahme der Aufrechnungserklärung legitimiert seien, so ist folgendes zu bemerken: Die Aufrechnungserklärung ist ein materielles Rechtsgeschäft; nach § 81 CPO. ermächtigt die Prozeßvollmacht nur zu Prozeßhandlungen und zu denjenigen materiellen Rechtsgeschäften, welche im § 81 besonders erwähnt sind. Wenn nun hieraus auch der Schluß gezogen werden muß, daß die Prozeßvollmacht, für sich allein betrachtet, nicht zur Abgabe und Entgegennahme der Aufrechnungserklärung ermächtige, so ist doch damit die Frage noch nicht erledigt. Es ist oben (§ 52 Anm. 13) dargethan, daß eine Vollmacht auch stillschweigend ertheilt werden kann und daß mit der Ertheilung eines Auftrags (oder dem Abschluß eines Dienstvertrags) eine Bevollmächtigung immer dann verbunden ist, wenn nach Lage der Sache das übertragene Geschäft nur im Namen des Auftraggebers vorgenommen werden kann. So liegt die Sache hier. Die Partei, welche ihrem Prozeßbevollmächtigten die Information giebt, es stehe ihr gegen die andere Partei eine aufrechenbare Gegenforderung zu, ertheilt ihm zugleich, neben der Prozeßvollmacht des § 81 CPO., die Vollmacht zur Abgabe der Aufrechnungserklärung. Und ferner muß angenommen werden, daß überhaupt, wer eine Prozeßvollmacht ertheilt, den Prozeßbevollmächtigten zugleich stillschweigend ermächtigt, alle diejenigen materiellen Erklärungen abzugeben und entgegenzunehmen, denen auch eine prozessualische Bedeutung innewohnt und ohne welche der Prozeß nicht sachgemäß durchgeführt werden kann. Nur eine solche Auslegung führt zu einem das praktische Bedürfniß befriedigenden Resultate. Auch steht der § 81 CPO. dieser Auslegung in keiner Weise entgegen; er bestimmt den Umfang der Prozeßvollmacht im positiven Sinne, aber nicht zugleich negativ dahin, daß eine weitere Ermächtigung mit der Prozeßvollmacht nicht verbunden sein könne. Es steht durchaus nichts im Wege, durch Auslegung der Willenserklärung festzustellen, daß neben der Prozeßvollmacht im Sinne des § 81 CPO. noch eine besondere Vollmacht stillschweigend ertheilt worden ist. Vergl. Neumann Vorb. I 2 vor §§ 164 ff. — Vielfach wird gelehrt, wenn der Beklagte die Aufrechnung erst im Laufe des Prozesses erkläre und sich sodann mit Erfolg auf die geschehene Aufrechnung berufe, er dennoch die Prozeßkosten tragen müsse, denn es liege der Fall ebenso, als ob er erst im Laufe des Prozesses gezahlt habe (vergl. z. B. Förtsch in Gruchot Bd. 42 S. 229, Schollmeyer Anm. 2c zu § 388 und Anm. 2 zu § 389). Diese Ansicht kann als zutreffend nicht anerkannt werden. Zwar ist es richtig, daß das bloße Gegenüberstehen einer kompensablen Gegenforderung die Forderung des Klägers nicht berührt, er vielmehr, so lange sein Schuldner die Aufrechnung nicht erklärt hat, berechtigt ist, Zahlung zu verlangen. Aber andererseits ist

daher auch nicht an die für Prozeßhandlungen geltenden Formvorschriften gebunden und kann somit wirksam auch außerhalb der mündlichen Verhandlung, insbesondere in einem vorbereitenden Schriftsatz erklärt werden [5]). Ist dies geschehen, so muß die erfolgte Aufrechnung, wenn sie im Prozesse Berücksichtigung finden soll, in der in der CPO. vorgeschriebenen Weise, also in der mündlichen Verhandlung, geltend gemacht werden [6]). Die Wirksamkeit der im Prozeß erklärten Aufrechnung ist nicht auf die Dauer des Prozesses beschränkt, bleibt vielmehr auch nach dessen Beendigung bestehen [7]).

3. Die Aufrechnung hat, ebenso wie die Bewirkung der Leistung selbst, das unmittelbare Erlöschen [8]) beider Forderungen zur Folge und zwar zu demjenigen Betrage, zu welchem beide Forderungen sich decken [9]). Der Rest der größeren Forderung bleibt unberührt [10]). Diese Wirkung der Aufrechnungs-

auch er in der Regel zur Aufrechnung berechtigt, er hat in dem, was er seinem Schuldner schuldet, die Mittel in Händen, sich wegen seiner Forderung zu befriedigen. Thut er dies nicht, klagt er vielmehr seine Forderung ein, so thut er dies auf die Gefahr hin, daß er in Folge der nunmehr vom Schuldner erklärten Aufrechnung unterliegt, auf welche er umsomehr gefaßt sein mußte, als es im Leben üblich ist, die Aufrechnung erst dann zu erklären, wenn der Gegner seine Forderung geltend macht (vergl. Prot. I S. 367). Man wird daher in dem vorausgesetzten Falle dem unterliegenden Kläger die Prozeßkosten auferlegen müssen und eine Ausnahme nur dann eintreten lassen, wenn zwar der Beklagte, nicht aber der Kläger aufrechnen konnte, und ferner, wenn der Beklagte eine Forderung aufrechnet, die er erst nach der Erhebung der Klage erworben hat. Vergl. auch Eccius in Gruchot Bd. 42 S. 255 ff.

[5]) Es liegt aber keine Aufrechnungserklärung vor, wenn in dem vorbereitenden Schriftsatze nur gesagt wird, man werde aufrechnen, wenn also eine Aufrechnung nur angekündigt wird.

[6]) Vergl. oben § 64 unter 4 (S. 261) und Schollmeyer Vorb. 2a.

[7]) Nimmt z. B. der Kläger, nachdem der Beklagte im Prozesse eine Aufrechnung erklärt hat, die Klage zurück, so hat zwar der Einwand der Aufrechnung, d. h. die prozessualische Berufung auf die erfolgte Aufrechnung, keine Bedeutung mehr; die materielle Wirkung der Aufrechnung aber bleibt bestehen: sowohl die Klageforderung als die aufgerechnete Forderung des Beklagten sind, wenn die Voraussetzungen der Aufrechnung vorlagen, erloschen und bleiben erloschen. Vergl. Dernburg II § 124.

[8]) Vergl. über den Begriff des Erlöschens oben § 105 unter I. Es ist also nicht erforderlich, daß gerade diejenige Partei, welche die Aufrechnung erklärt hat, sich im Prozesse darauf beruft. Auch wenn nur der Gegner die erfolgte Aufrechnung vorträgt, muß der Richter den dadurch bewirkten Untergang der Forderung berücksichtigen.

[9]) Der Gläubiger muß sich somit eine Theilaufrechnung gefallen lassen, obwohl er eine Theilleistung nicht anzunehmen braucht (§ 266).

[10]) Hieraus könnte man folgern, daß der Gläubiger, welcher einen Theil seiner Forderung einklagt, den Beklagten, der gegen die Klageforderung eine Gegenforderung aufrechnet, mit dieser Gegenforderung auf den nicht eingeklagten Theil seiner Forderung verweisen könne, denn aufgerechnet werde nur gegen die Forderung, nicht gegen Theile der Forderung, die Gegenforderung müßte nach § 389 von der ganzen Forderung des Klägers in Abzug gebracht werden, der Rest, um welchen letztere die Gegenforderung übersteigt, bleibe von der Aufrechnung unberührt. Trotzdem muß man die gegentheilige, vom Reichsgericht in der Entsch. Bd. 7 S. 243 ff. ausgesprochene Ansicht (vergl. jedoch auch RG. Bd. 13 S. 172 ff.) auch jetzt noch als die zutreffende anerkennen. Der Gläubiger, der nur einen Theil seiner Forderung einklagt, hat aus dieser seiner Forderung mehrere Forderungen im Sinne des § 396 gemacht. Mindestens muß § 396 zur analogen Anwendung gebracht werden. Wie der Gläubiger, der von 1000 Mk. einen Theil von 300 Mk. einklagt und dem der Schuldner diese eingeklagten 300 Mk. bezahlt, nicht sagen kann, die Zahlung sei auf die ganze Forderung erfolgt, es bleibe also noch ein ungetilgter Rest, der die Klageforderung übersteigt, ebenso kann er der der Zahlung gleichstehenden Aufrechnung nicht auf diese Weise begegnen. Bringt man aber § 396 zur analogen Anwendung, so ist, wenn der Kläger der Bestimmung des Beklagten, daß dessen Gegenforderung gegen den eingeklagten Betrag aufgerechnet werden soll, widerspricht, nach § 366 Abs. 2 zu verfahren. Nach dieser Vorschrift ist aber die Gegenforderung auf den eingeklagten Betrag zu verrechnen, denn diese eingeklagte Forderung ist gerade deswegen, weil sie eingeklagt ist, die dem

erklärung wird kraft gesetzlicher Fiktion bereits auf den Zeitpunkt zurückbezogen, in welchem beide Forderungen als aufrechenbar einander gegenüberstanden, d. h. auf den Zeitpunkt, in welchem sämmtliche für die Aufrechnung im § 387 gegebenen Voraussetzungen vorlagen, in welchem also die Aufrechnung erklärt werden konnte[11]). Auf diesen Zeitpunkt werden die Folgen, welche sich an die Bewirkung der Leistung knüpfen, insbesondere die Befreiung von der Schuld, zurückbezogen. Ist eine, oder sind beide Forderungen verzinslich, so wird angenommen, daß der Zinsenlauf bereits mit jenem Zeitpunkt aufgehört hat[12]). Hat der Schuldner Zinsen für eine spätere Zeit gezahlt, so hat er eine Nichtschuld gezahlt und kann das Gezahlte zurückfordern[13]). — Ist eine der Parteien nach dem bezeich-

---

Schuldner lästigere. — Selbstverständlich ist, daß der Kläger dem Einwande des Beklagten gegenüber die Klage auf den ganzen Betrag seiner Forderung erweitern kann. Aber die Ansicht Dernburgs (II, § 124 Anm. 9), daß eine solche eventuelle Erweiterung schon in der bloßen Verweisung der Gegenforderung auf den nicht eingeklagten Theil der Forderung liegt, scheint kaum zutreffend. Jedenfalls ist zu beachten, daß, falls der Kompensationseinwand durchgreift und der Kläger nur in Folge der eventuellen Erweiterung obsiegt, dies auf die Kostenentscheidung von Einfluß ist, da Kläger insoweit, als der Aufrechnungseinwand begründet war, in Wirklichkeit unterlegen ist. — Zu bemerken ist noch, daß alle diese Ausführungen sich nur auf den Fall beziehen, daß der Beklagte die Aufrechnung erst im Laufe des Prozesses erklärt. Hat er die Aufrechnung vorher erklärt, so hat Kläger seine Forderung nicht willkürlich getheilt, sondern den allein validierenden Rest eingeklagt. Beruft sich Beklagter jetzt auf die bereits erfolgte Aufrechnung, so kann Kläger mit Recht erwidern, diese habe seine ganze Forderung bis auf den eingeklagten Theil getilgt. Vergl. Schollmeyer Anm. 1 und 4 zu § 389. Endlich kann auch der Kläger selbst die eventuelle Aufrechnung erklären und dann nur den Rest seiner Forderung klagend geltend machen. Er kann sagen: Beklagter schuldet mir 1000 Mk.; er behauptet, gegen mich eine Forderung von 600 Mk. zu haben, die ich jedoch bestreite; für den Fall aber, daß diese Gegenforderung zu Recht besteht (s. Anm. 3), rechne ich gegen sie meine Forderung auf und klage den Rest meiner Forderung von 400 Mk. ein.

[11]) Da zu den Erfordernissen der Aufrechnung auch die Gegenseitigkeit gehört (vergl. oben § 112 unter 1), so ergiebt sich folgende Konsequenz: A. hat eine fällige Forderung von 100 Mk. nebst 4% Zinsen seit 1. Januar 1901 an B. Am 1. Juli 1901 tritt er diese Forderung an C. ab. Als nun C. diese Forderung von B. einziehen will, rechnet B. eine ihm gegen C. zustehende, gleichfalls längst fällige, aber unverzinsliche Forderung von 80 Mk. auf. Die Rückbeziehung kann hier nur auf den 1. Juli 1901 erfolgen, weil erst an diesem Tage C. Gläubiger des B. wurde, also „die Forderungen als zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind". — Beim Kontokorrent (§ 355 HGB.) können die einzelnen Forderungen des einen Theiles gegen einzelne Forderungen des anderen Theiles nicht aufgerechnet werden (D. zum Entw. eines HGB. S. 214, Staub Anm. 17 zu § 355); Gegenstand der gegenseitigen Verrechnung sind vielmehr die zur Zeit des Rechnungsabschlusses sich ergebenden Summen der beiderseitigen Forderungen. In diesem Zeitpunkt also treten die Forderungen als zur Aufrechnung geeignet einander gegenüber. Es stimmt daher mit dem Grundsatze des § 389 überein, wenn von den einzelnen Posten Zinsen bis zum Rechnungsabschlusse berechnet werden. Vgl. Prot. I S. 367.

[12]) Im Uebrigen muß auch hier die Anrechnung zuerst auf die Kosten, dann auf die Zinsen, und zuletzt auf das Kapital erfolgen (vgl. § 396 Abs. 2 s. unten 115, ferner RG. Bd. 17 S. 141). In dem Falle der Anm. 11 wäre also zu rechnen: Die Forderung des C. beträgt am 1. Juli 1901 100 Mk. und 2 Mk. Zinsen. Die Gegenforderung des B. 80 Mk. Diese sind zuerst auf die Zinsen, der Rest von 78 Mk. auf das Kapital zu verrechnen. B. schuldet also noch 22 Mk. nebst 4% Zinsen seit 1. Juli 1901.

[13]) A. hat von B. ein Darlehen von 100 Mk. erhalten, welches A. vom 1. October 1900 an mit 4% zu verzinsen hatte und das er jederzeit zurückzuzahlen befugt war. Am 15. Januar 1901 liefert er dem B. Waare für 60 Mk. Nachdem er am 1. April und 1. Juli die Darlehenszinsen mit je 1 Mk. bezahlt hat, erklärt er im August 1901, daß er die 60 Mk. gegen die Darlehensforderung aufrechne. Dann hatte in Wirklichkeit B. vom 15. Januar 1901 an Zinsen nur noch von 40 Mk. zu fordern und er muß 4% Zinsen von 60 Mk. vom 15. Januar an dem A. zurückerstatten. — Anders liegt natürlich der Fall, wenn derjenige, der zur Aufrechnung befugt ist, von dieser Befugniß keinen Gebrauch macht, sondern zahlt. Er kann dann nicht etwa nachträglich die Auf-

neten Zeitpunkt in Verzug gerathen, so gelten dieser Verzug und dessen Folgen, insbesondere die Verwirkung einer Vertragsstrafe, die Verpflichtung zum Schadensersatze wegen verzögerter Erfüllung, als nicht eingetreten[14]).

§ 114. Beschränkungen der Zulässigkeit der Aufrechnung.

I. Die Vorschriften über die Voraussetzungen der Aufrechnung sind dispositiv. Wie die Parteien vereinbaren können, daß eine Aufrechnung stattfinden solle, wenn auch die gesetzlichen Erfordernisse (§ 387) nicht vorliegen[1]), so können sie vereinbaren, daß eine Aufrechnung, obwohl sie nach dem Gesetze zulässig ist, nicht stattfinden solle. Diese Vereinbarung kann auch stillschweigend getroffen werden und wird dann anzunehmen sein, wenn nach der Natur des Rechtsverhältnisses und nach der Absicht der Parteien die Baarzahlung als derart wesentliches Erforderniß der Erfüllung anzusehen ist, daß eine Erfüllung durch Aufrechnung ausgeschlossen ist[2]). Für einen Fall stellt das Gesetz eine derartige Auslegungsregel auf: Wenn rücksichtlich einer Leistung vereinbart ist, daß sie zu einer bestimmten Zeit und an einem bestimmten Orte erfolgen solle, so kann gegen sie nicht eine Forderung mit einem anderen Leistungsort aufgerechnet werden[3]). **§ 391 Abs. 2.**

II. Durch die Beschlagnahme einer Forderung wird dem Schuldner der Forderung, dem Drittschuldner im Sinne der Civilprozeßordnung, verboten, an seinen Gläubiger zu zahlen (§ 829 Abs. 1 CPO.). Demgemäß würde von dem Augenblick an, in welchem die Beschlagnahme wirksam wird, d. h. der Zustellung des Beschlagnahmebeschlusses an den Schuldner der in Beschlag **§ 392.**

---

rechnung erklären und das Gezahlte zurückfordern, vielmehr ist durch die Zahlung die Gegenforderung untergegangen und daher eine Aufrechnung nicht mehr möglich. Dies ist auch dann der Fall, wenn der Zahlende von seiner Aufrechnungsbefugniß keine Kenntniß gehabt hat. Vgl. M. II S. 109, Schollmeyer Anm. 2 zu § 389.

[14]) Der § 554 Abs. 2 enthält insofern eine Einschränkung dieses Grundsatzes, als er eine Folge des Verzugs, nämlich das Kündigungsrecht des Vermiethers, nur bei unverzüglicher Erklärung der Aufrechnung fortfallen läßt. Für sonstige Wirkungen des Verzugs, z. B. die Verwirkung einer Konventionalstrafe, bleibt es bei der Regel.

[1]) Vgl. oben § 112 Anm. 1.

[2]) Das ALR. (§ 373 I 16) sagt: „ein bloßes . . . Versprechen, baare Zahlung zu leisten, ist für eine . . . Entsagung (der Aufrechnung) noch nicht zu achten." Dies ist zutreffend. Es muß untersucht werden, in welchem Sinne die Baarzahlung gemeint ist. Im Handelsverkehre steht die Vereinbarung der Baarzahlung des Kaufpreises (per contante) regelmäßig nur im Gegensatze zur Berichtigung des Kaufpreises durch Wechsel und schließt daher die Aufrechnung nicht aus. Häufig wird aber in dem Versprechen, baar zu zahlen (z. B. A. leiht sich von B. 1000 Mk. und verspricht dem B., der ihm erklärt, daß er das Geld am 1. April zur Zahlung des Miethzinses braucht, ihm die 1000 Mk. am 1. April baar zurückzuzahlen), Ausschluß der Aufrechnungsbefugniß liegen. — Der Ausschluß der Kompensation gegen die actio depositi (vgl. ALR. §§ 363, 364, I 16) ist dem BGB. unbekannt, soweit nicht etwa § 393 zutrifft. Besondere Fälle der Unzulässigkeit der Aufrechnung sind vorgeschrieben im HGB. § 221 (ein Aktionär kann gegen seine Verpflichtung zur Leistung von Kapitaleinlagen eine Forderung an die Gesellschaft nicht aufrechnen), § 22 Abs. 3 des Genossenschaftsgesetzes vom 1. 5. 89 (gegen die geschuldete Einzahlung eines Genossen findet keine Aufrechnung statt) und § 19 Abs. 2 d. Ges. betr. die Gesellsch. m. b. H. vom 20. 4. 92.

[3]) Ueber den Grund dieser Vorschrift vergl. Prot. I S. 372. Eine Leistung, die an einem bestimmten Orte zu einer bestimmten Zeit zu bewirken ist, ist mit einer an einem anderen Orte zu bewirkenden Leistung nicht gleichartig. — Der Gläubiger der im § 391 Abs. 2 bezeichneten Forderung kann seinerseits auch gegen eine Forderung mit anderem Leistungsorte aufrechnen, vorbehaltlich der Schadensersatzpflicht aus § 391 Abs. 1.

genommenen Forderung (§ 829 Abs. 3 CPO.)[4]), der Schuldner nicht mehr berechtigt sein, eine ihm gegen seinen Gläubiger zustehende Gegenforderung gegen die beschlagnahmte Forderung zur Aufrechnung zu bringen. Da jedoch durch die Beschlagnahme die rechtliche Stellung des Schuldners ebensowenig verschlechtert werden darf, wie durch die Abtretung einer Forderung (vgl. § 406), so gestattet das Gesetz die Aufrechnung gegen die beschlagnahmte Forderung[5]). Die Aufrechnung ist jedoch ausgeschlossen[6]), wenn der Schuldner die Gegenforderung erst nach der Beschlagnahme, d. h. nach der Zustellung des Beschlusses an ihn[7]), erworben hat, da ihm in diesem Falle zur Zeit der Beschlagnahme ein Aufrechnungsrecht nicht zustand. Ferner ist die Aufrechnung dann ausgeschlossen, wenn der Schuldner die Gegenforderung zwar schon vor der Beschlagnahme erworben hatte, diese Gegenforderung aber erst nach der Beschlagnahme fällig geworden ist. War die beschlagnahmte Forderung gleichfalls zur Zeit der Beschlagnahme nicht fällig, so ist die Aufrechnung dann ausgeschlossen, wenn die Gegenforderung später als die beschlagnahmte Forderung fällig geworden ist[8]). In diesen Fällen nämlich war der Schuldner im Augenblicke der Beschlagnahme oder doch wenigstens der Fälligkeit der beschlagnahmten Forderung zur Zahlung verpflichtet, ohne sich durch Aufrechnung befreien zu können; die Stellung des Dritten, zu dessen Gunsten die Beschlagnahme erfolgt ist, würde verschlechtert werden, wenn der Schuldner durch ein erst später entstandenes Aufrechnungsrecht das Recht des die Beschlagnahme erwirkenden Gläubigers vereiteln könnte. — Für den Gläubiger der beschlagnahmten Forderung enthält die Beschlagnahme ein Veräußerungsverbot im Sinne der §§ 136, 135. Rechnet

---

[4]) Auch die Zustellung der Benachrichtigung des § 845 CPO. bewirkt eine Beschlagnahme unter der im § 845 Abs. 2 CPO. bezeichneten Bedingung.

[5]) Der § 392 weicht vom § 406 insofern ab, als bei der Abtretung der Zeitpunkt entscheidend ist, in welchem der Schuldner Kenntniß von der Abtretung erlangt hat, während hier der Zeitpunkt der Beschlagnahme entscheidet. Die Abweichung beruht darauf, daß nach der CPO. (§ 829 Abs. 3) die Beschlagnahme gegen den Drittschuldner mit der Zustellung des Beschlusses auch dann wirksam wird, wenn er von der Zustellung keine Kenntniß hat.

[6]) Die Frage, welche Folge eine nach § 392 unzulässige Aufrechnung hat, ob sie nämlich absolut wirkungslos ist oder ob sie nur demjenigen gegenüber, der die Beschlagnahme ausgebracht hat, ohne Wirkung ist, erscheint zweifelhaft. Der Wortlaut des § 392 (die Aufrechnung wird „ausgeschlossen") spricht für die erstere Ansicht. Trotzdem muß die entgegengesetzte Meinung als die richtige angesehen werden. Denn die Vorschrift des § 392 will denjenigen, der die Beschlagnahme erwirkt hat, schützen und kann nicht dem Gläubiger der beschlagnahmten Forderung zu Gute kommen. Vergl. E. I § 286: „so kann der Schuldner . . zum Nachtheile desjenigen, für welchen die Beschlagnahme erfolgt ist, nicht . . . aufrechnen"; vergl. ferner Prot. I S. 373, Fischer-Henle Anm. 2 zu § 392, Planck Anm. 4 zu § 392, Schollmeyer Anm. 3 zu § 392, Neumann Anm. 2 zu § 392.

[7]) Soweit die Aufrechnung nach § 392 zulässig ist, muß sie gegenüber dem Gläubiger der beschlagnahmten Forderung, nicht etwa gegenüber dem Gläubiger, der die Beschlagnahme erwirkt hat, erklärt werden. Denn durch die Beschlagnahme tritt kein Wechsel in der Person des Gläubigers ein. Auch durch die Ueberweisung der Forderung zur Einziehung (§ 835 CPO.) ist dies nicht der Fall, sondern nur durch die Ueberweisung an Zahlungsstatt (§ 835 Abs. 2 CPO.).

[8]) A. hat gegen B. eine Kaufpreisforderung von 1200 Mark, welche in 4 Raten am 1. Januar, 1. April, 1. Juli und 1. October zu zahlen ist. Diese Forderung wird von F., dem Gläubiger des A., durch einen dem B. am 1. Mai zugestellten Pfändungsbeschluß gepfändet. B. hat gegen A. eine am 1. September fällige Darlehnsforderung. B. kann seine Darlehnsforderung nur gegen die Rate vom 1. October aufrechnen. Vergl. auch Dernburg II § 127 Anm. 3.

er die beschlagnahmte Forderung auf, so ist die Aufrechnung demjenigen gegenüber, für welchen die Beschlagnahme erfolgt ist, unwirksam[9]).

III. Unzulässig ist die Aufrechnung gegen eine Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung[10]). Als unerlaubte Handlungen im Sinne des BGB. sind diejenigen Handlungen anzusehen, an welche in den §§ 823—853 eine Schadensersatzpflicht geknüpft ist. Gegen die Forderung aus einer vorsätzlichen Verletzung einer Vertragspflicht ist, falls sie sich nicht zugleich als eine unerlaubte Handlung darstellt, die Aufrechnung zulässig. **§ 393.**

IV. Die Aufrechnung findet ferner insoweit nicht statt, als die Forderung, gegen welche aufgerechnet werden soll, nicht pfändbar ist. In Betracht kommen in dieser Beziehung vor allem die Vorschriften der §§ 850—852 CPO., aber auch andere reichsgesetzliche Vorschriften, welche gewisse Forderungen der Pfändung entziehen[11]). Wenn das Gesetz dadurch, daß es eine Forderung für unpfändbar erklärt, jedem Gläubiger untersagt, aus dieser Forderung seine Befriedigung zu suchen, so kann es dem Schuldner dieser Forderung nicht gestattet sein, sich wegen einer ihm zustehenden Gegenforderung aus dieser unpfändbaren Forderung zu befriedigen[12]). Die Aufrechnung ist auch dann ausgeschlossen, wenn die Gegenforderung aus demselben rechtlichen Verhältnisse wie die der Pfändung entzogene Forderung herrührt. Eine Ausnahme greift insofern Platz, als das Gesetz gestattet, gegen die Hebungen aus Kranken-, Hülfs- oder Sterbekassen geschuldete Beiträge aufzurechnen.[13]). — Der § 394 untersagt nur die Aufrechnung gegen unpfändbare Forderungen. Die Beantwortung der Frage, inwieweit der Gläubiger einer unpfändbaren Forderung diese zur Aufrechnung stellen kann, hängt davon ab, inwieweit dem Gläubiger durch besondere gesetzliche Bestimmungen die Verfügung über die Forderung untersagt ist. Soweit dies der Fall ist, ist auch die Aufrechnung, da sie eine Verfügung über die Forderung enthält, ausgeschlossen[14]). **§ 394.**

---

[9]) Vergl. oben § 43 unter 3b (S. 175).

[10]) Vergl. RG. Bd. 3 S. 113 ff., ferner § 273 Abs. 2 und oben § 82 Anm. 7.

[11]) Vergl. z. B. § 68 des Unfallversicherungsgesetzes vom 6. Juli 1884, § 40 des Invalid. Vers. Ges. vom 22. Juni 1889. Fischer-Henle Anm. 1 zu § 394.

[12]) Ueber die Frage, ob einer unpfändbaren Forderung gegenüber das Zurückbehaltungsrecht des § 273 geltend gemacht werden kann, vergl. oben § 82 Anm. 12.

[13]) Vergl. § 850 Ziffer 4 CPO. Vergl. ferner den Vorbehalt im Art. 81 EG. Von diesem Vorbehalt ist Gebrauch gemacht u. a. in Bayern (Art. 12 des Bayr. AG. zum BGB.), in Preußen nicht. — Dagegen bestimmt das Pr. AG. zum BGB. im Art. 14, daß der Dienstberechtigte seine Entschädigungsansprüche wegen Verletzung der dem Gesinde aus dem Dienstverhältniß obliegenden Verpflichtungen gegen dessen Lohnforderung aufrechnen kann. Diese von der Vorschrift des § 394 abweichende Bestimmung findet ihre Stütze in dem Vorbehalte des Art. 95 EG. Vergl. Stranz-Gerhard Anm. 7 zu Art. 14.

[14]) Die Ansicht Schollmeyer's (Anm. 3 zu § 394), daß der Gläubiger einer unpfändbaren Forderung mit dieser aufrechnen und demgemäß auch einen Aufrechnungsvertrag schließen kann, erscheint in dieser Allgemeinheit unzutreffend. Darin ist Schollmeyer allerdings beizustimmen, daß aus der Vorschrift des § 400, nach welcher jede unpfändbare Forderung auch nicht übertragbar ist, nicht geschlossen werden kann, daß jede unpfändbare Forderung auch durch ihren Gläubiger nicht aufgerechnet werden kann. Aber er übersieht, daß die Aufrechnung durch den Gläubiger dann ausgeschlossen ist, wenn über die Vorschrift des § 400 hinaus jede Verfügung über die Forderung dem Gläubiger untersagt ist. So bestimmt § 2 Abs. 2 des Lohnbeschlagnahme-Ges. vom 21. Juni 1869: „Soweit nach diesen Bestimmungen (des § 1) die Beschlagnahme unzulässig ist, ist auch jede Verfügung durch Cession, Anweisung, Verpfändung oder durch ein anderes Rechtsgeschäft ohne rechtliche Wirkung." Damit ist, soweit die Pfändung nicht zulässig ist, dem Gläubiger auch die Aufrechnung sowie der Abschluß eines Aufrechnungsvertrags untersagt. So könnte z. B. ein Handlungsgehülfe vor der Fälligkeit seiner Gehaltsforderung hinsichtlich des nicht

§ 395. V. Endlich ist die Aufrechnung gegen eine Forderung des Fiskus (des Reichs oder eines Bundesstaats) unzulässig, wenn die Zahlung an eine andere Kasse zu erfolgen hat als diejenige, aus welcher die Gegenforderung zu berichtigen ist. Das Verbot beruht, da die verschiedenen Kassen nur verschiedene Verwaltungsstellen derselben juristischen Person sind, auf Gründen der Zweckmäßigkeit im Interesse einer geordneten Rechnungsführung. Die Vorschrift gilt auch zu Gunsten der Gemeinden und anderer Kommunalverbände. Die im § 395 bezeichneten juristischen Personen ihrerseits sind auch bei Verschiedenheit der empfangsberechtigten und zahlungspflichtigen Kassen zur Aufrechnung befugt.

§ 115. Aufrechnung bei einer Mehrheit von Forderungen.

§ 396. 1. Die Vorschriften darüber, welche Forderung bei dem Vorhandensein mehrerer Forderungen auf der einen oder anderen Seite durch die Aufrechnung getilgt wird, stimmen mit den für die Zahlung gegebenen Vorschriften (§ 366) insofern überein, als die Bestimmung[1]) des aufrechnenden Theiles an erster Stelle maßgebend ist. Im Gegensatze zu jenen Vorschriften ist aber bei der Aufrechnung dem anderen Theile der Bestimmung des Aufrechnenden gegenüber ein Widerspruchsrecht gegeben. Die Folge dieses Widerspruchs ist, daß die Bestimmung des Aufrechnenden hinfällig wird und daß die im Gesetze (§ 366 Abs. 2) vorgeschriebene Reihenfolge gerade so wie in dem Falle entscheidet, daß der Aufrechnende eine Bestimmung überhaupt nicht getroffen hat. Der Grund für diese Abweichung ist der, daß der Aufrechnende, wenn seiner Forderung eine verjährte und eine nicht verjährte Forderung des anderen Theiles gegenüberstehen, die Vorschrift des § 390 Satz 2 nicht dadurch soll illusorisch machen können, daß er die nicht verjährte Forderung als diejenige bestimmt, gegen welche seine Forderung aufgerechnet werden soll[2]).

---

pfändbaren Theiles keinen Aufrechnungsvertrag schließen, und wenn er sein Gehalt vertragsmäßig praenumerando erhält, so kann er trotz der Fälligkeit den unpfändbaren Betrag nicht aufrechnen, so lange die Leistung der Dienste nicht erfolgt ist (vergl. § 1 des Ges. vom 21. Juni 1869).

[1]) Vergl. hierüber oben § 105.

[2]) Vergl. Prot. I S. 368—371, VI S. 166, 167. Der Schneider A. hat dem Tischler B. im März 1901 einen Ueberzieher für 70 Mark und im Mai 1904 einen Anzug für 50 Mark geliefert. B. hat dem A. im Dezember 1903 einen Schreibtisch für 60 Mark geliefert und erklärt im Juni 1904, daß er diese Forderung gegen die des A. für den Anzug aufrechnet. Wäre diese Bestimmung maßgebend, so würde A. seine Forderung für den Ueberzieher (aus dem Jahre 1901) nicht geltend machen können, wenigstens könnte B. die Einrede der Verjährung entgegensetzen. A. widerspricht der Bestimmung des B. unverzüglich. Es kommt in Folge dessen die Bestimmung des § 366 Abs. 2 zur Anwendung. Nach dieser Vorschrift ist die Gegenforderung des B. auf die verjährte Forderung des A. für den Anzug zu verrechnen, da diese, eben wegen der Verjährung, dem A. geringere Sicherheit bietet, als die nicht verjährte. Vergl. Schollmeyer Anm. 3 zu § 369, abweichend Planck Anm. 1 zu § 396. — Die Frage, inwieweit gegenüber der Erklärung des Aufrechnenden, daß er gegen eine bestimmte Forderung des anderen Theiles aufrechne, dieser auf eine andere ihm zustehende Forderung den Aufrechnenden verweisen könne, bestimmt sich somit nach den §§ 396, 366 Abs. 2. Von einer compensatio compensationis kann man in diesem Falle eigentlich nicht sprechen. Denn der andere Theil rechnet seinerseits nicht auf, er widerspricht nur. Es liegt nur die eine Aufrechnungserklärung vor; welche Forderungen aufgerechnet werden, ordnet das Gesetz. — Ganz anders liegt der Fall, wenn der Gegner des Aufrechnenden erwidert, er habe bereits vorher in wirksamer Weise eine andere ihm zustehende Forderung gegen die Gegenforderung aufgerechnet. Dann ist diese Gegenforderung erloschen und überhaupt nicht mehr zur Aufrechnung geeignet. Daß dies erst recht keine compensatio compensationis ist, leuchtet ein. Es ist die Replik, daß die Aufrechnung des Gegners unzulässig sei.

2. Der Widerspruch muß unverzüglich erklärt werden. Er ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Es genügt daher nicht die unverzügliche Absendung des Widerspruchs, er muß vielmehr auch rechtzeitig dem aufrechnenden Theile zugehen.

3. Durch den Widerspruch wird nicht die Aufrechnungserklärung selbst wirkungslos, sondern nur die ihr beigefügte Bestimmung, so daß es ebenso anzusehen ist, als wäre eine Bestimmung überhaupt nicht getroffen. Es kommt dann die Vorschrift des § 366 Abs. 2 zur Anwendung. Die in dieser Vorschrift festgesetzte Reihenfolge ist nicht nur hinsichtlich derjenigen Forderung entscheidend, gegen welche aufgerechnet werden soll, sondern, wenn dem aufrechnenden Theile mehrere Forderungen zustehen, auch hinsichtlich derjenigen Forderung, welche aufgerechnet werden soll[3]).

---

[3]) Diese Fragen sind freilich sehr bestritten. a) Dernburg (II § 129, ebenso Planck Anm. 3 zu § 396) nimmt an, der § 366 Abs. 2 komme nur dann zur Anwendung, wenn der aufrechnende Theil nicht bestimmt hat, gegen welche der mehreren ihm gegenüberstehenden Forderungen er aufrechnen wolle. Hat er selber mehrere Forderungen und erklärt er die Aufrechnung, ohne die Forderung zu bestimmen, welche er aufrechnen wolle, so ist seine Erklärung unwirksam. Diese Ansicht widerspricht der unzweideutigen Fassung des § 396. Das Gesetz macht ebensowenig die Bestimmung derjenigen Forderung, mit welcher aufgerechnet werden soll, zu einem Erfordernisse der Aufrechnung, wie die Bestimmung derjenigen Forderung, gegen welche aufgerechnet werden soll. Es sagt, der aufrechnende Theil kann die Forderungen bestimmen, die gegen einander aufgerechnet werden sollen. Er kann die Bestimmung auch unterlassen und dann tritt nicht Unwirksamkeit der Erklärung, sondern die gesetzliche Regel ein. Z. B. A. hat dem Arzte B. im Jahre 1902 ein Darlehen von 300 M. gegeben und mahnt ihn im Jahre 1905 um Rückzahlung. B. erwidert ihm: „Ich kann nicht begreifen, wie Sie die Rückzahlung des Darlehens von mir verlangen können. Sie wissen doch, welche ärztliche Dienste ich Ihnen geleistet habe, im Jahre 1903 habe ich bei Ihnen eine schwierige Operation vorgenommen, im Jahre 1904 habe ich Sie während einer längeren Krankheit und im Jahre 1905 habe ich Ihre Frau viele Wochen hindurch behandelt. Ich füge über jede einzelne dieser Dienstleistungen eine Liquidation bei. Sie sehen, daß jede dieser 3 Rechnungen den Betrag des Darlehens übersteigt und Sie daher von mir nichts zu fordern haben." Es kann nicht bezweifelt werden, daß diese Antwort des B. eine unzweideutige Aufrechnungserklärung enthält. Es widerspräche dem Gesetz, ihr jede Wirkung abzusprechen. Die Aufrechnung ist wirksam; welche der drei Forderungen des B. durch die Aufrechnung getilgt ist, entscheidet sich nach § 366 Abs. 2. — Sind auf beiden Seiten mehrere Forderungen vorhanden, so kann die Bestimmung rücksichtlich der Forderung des Aufrechnenden oder rücksichtlich der Forderung der anderen Theiles oder rücksichtlich der Forderung beider Theile fehlen. In allen drei Fällen kommt § 366 Abs. 2 zur Anwendung. Vergl. Schollmeyer Anm. 1 zu § 369. — b) Nach einer anderen Richtung hin will Schollmeyer (Anm. 2, ebenso Dernburg a. a. O., Planck Anm. 3 zu § 396) den § 396 einschränken. Das Recht des anderen Theiles, der Bestimmung des Aufrechnenden zu widersprechen, soll sich nur auf die Forderung des anderen Theiles, welche der Aufrechnende bestimmt hat, beziehen, nicht auch auf die Forderung des Aufrechnenden selbst, mit welcher dieser aufrechnen zu wollen erklärt hat. „Denn über diese Forderung zu disponieren, ist lediglich dessen Sache." Aber dieser Satz ist eine petitio principii. Das Gesetz steht auf einem anderen Standpunkte. Der Aufrechnende, der von mehreren ihm zustehenden Forderungen eine zur Aufrechnung bestimmt, tilgt damit nicht nur die Gegenforderung, sondern zwingt auch seinen Gegner, seinerseits gerade die von den Aufrechnenden bestimmte Forderung zu tilgen. Der Gegner kann aber ein berechtigtes Interesse haben, eine andere Forderung des Aufrechnenden zuerst zu tilgen, z. B. wenn dem Aufrechnenden eine verzinsliche und eine unverzinsliche Forderung zusteht und er die unverzinsliche zur Aufrechnung bestimmt. Diesem berechtigten Interesse des anderen Theiles trägt das Gesetz dadurch Rechnung, daß es der Bestimmung des Aufrechnenden gegenüber dem anderen Theile ganz allgemein ein Widerspruchsrecht giebt, gleichgültig, ob die Bestimmung sich auf die Forderung des aufrechnenden Theiles oder die des anderen Theiles oder beider Theile bezieht. Die Annahme Dernburg's, es liege eine ungenaue Fassung des Gesetzes vor, ist unzutreffend. Die Prot. (VI S. 166, 167) ergeben das Gegentheil. Die zweite Kommission hat nämlich

4. Wenn der aufrechnende Theil dem anderen Theile auch Zinsen und Kosten verschuldet, so wird seine Forderung erst auf die Zinsen, dann auf die Kosten und zuletzt auf die Hauptleistung angerechnet. Trifft er eine andere Bestimmung, so kann der andere Theil der Bestimmung widersprechen. Thut er dies[4]), so ist die Aufrechnungserklärung überhaupt unwirksam.

§ 116. Erlaß.

§ 397. 1. Der Erlaß kommt durch einen zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner geschlossenen Vertrag zu Stande. Die einseitige vom Schuldner nicht angenommene Verzichterklärung des Gläubigers ist ohne Einfluß auf das Schuldverhältniß[1]). Der Inhalt des Erlaßvertrags geht lediglich dahin, daß die Schuld erlassen wird. Er ist ein abstrakter Vertrag; an seinen Abschluß knüpft sich die Wirkung, daß das Schuldverhältniß erlischt[2]). Ob das dem Vertrage zu Grunde liegende Rechtsgeschäft, die obligatorische causa[3]), rechtsbeständig ist, ist für den Eintritt dieser Wirkung unerheblich. Das Fehlen eines wirksamen Rechtsgrundes giebt dem Gläubiger nur die Befugniß, von dem Schuldner die Herausgabe der durch den Erlaß erlangten ungerechtfertigten Bereicherung zu verlangen[4]).

2. Dieselbe Wirkung wie der Erlaß hat der negative Anerkennungsvertrag, d. h. der Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner, inhalts dessen der Gläubiger anerkennt, daß das Schuldverhältniß nicht besteht. Die Wirkung des Vertrags geht somit über seinen Inhalt hinaus. Auch wenn das Schuldverhältniß in

---

im Gegensatze zu einem von der Kritik gemachten Vorschlage: daß der Aufrechnende bestimmen dürfe, welche seiner Forderungen aufzurechnen sei, die Frage aber, gegen welche der mehreren Forderungen des anderen Theiles aufzurechnen sei, in Ermangelung einer Einigung nach den Grundsätzen über die Anrechnung einer Zahlung beurtheilt werden solle, beschlossen: ohne Unterscheidung zwischen diesen beiden Fällen zu bestimmen, daß die Vorschriften über die Verrechnung bei der Zahlung Anwendung finden, wenn der andere Theil der getroffenen Bestimmung unverzüglich widerspricht.

[4]) Daß der Widerspruch unverzüglich erklärt werden müsse, ist hier zwar nicht vorgeschrieben. Der zur entsprechenden Anwendung gelangende § 367 Abs. 2 verlangt aber eine Ablehnung der Annahme der Leistung. Dem entsprechend muß der Widerspruch gegen die Bestimmung des Aufrechnenden hier so schnell erfolgen, daß aus dem Stillschweigen nicht auf ein Einverständniß mit der Bestimmung geschlossen werden kann.

[1]) Vergl. E. I § 290 Abs. 5. — Zum wirksamen Verzicht auf ein Recht an einer fremden Sache ist die einseitige Erklärung des Berechtigten ausreichend (vergl. §§ 875, 1064, 1255).

[2]) Vergl. oben § 32 unter 5 (S. 136). Daß der Erlaß ein nothwendig abstraktes Geschäft sei (s. oben § 32 Anm. 11), läßt sich nicht behaupten. Er kann nicht nur in der Art von der causa abhängig gemacht werden, daß diese eine Bedingung des Vertrags ist (bedingter abstrakter Vertrag), es kann vielmehr die causa auch derartig ein Bestandtheil des Vertrags sein, daß dieser sich als ein kausales Geschäft darstellt. — Von dem Erlasse zu unterscheiden ist der Vertrag, durch welchen der Gläubiger sich dem Schuldner gegenüber verpflichtet, seine Forderung — auf eine gewisse Zeit, unter gewissen Voraussetzungen — nicht geltend zu machen (pactum de non petendo). Während der Erlaß die Forderung vernichtet — dinglich wirkt —, hat letzterer Vertrag nur obligatorische Wirkungen unter den Parteien. Die Forderung bleibt bestehen, der Schuldner erwirbt nur dem Gläubiger gegenüber eine Einrede. Ob der eine oder der andere Vertrag gewollt ist, ist Auslegungsfrage. Hat der Gläubiger sich verpflichtet, seine Forderung überhaupt nicht geltend zu machen, so wird anzunehmen sein, daß ein Erlaß gewollt ist. (Vergl. Planck Anm. 2 zu § 397.)

[3]) Diese kann Schenkung, Vergleich, das Versprechen irgend einer Leistung seitens des Schuldners u. s. w. sein.

[4]) Anders liegt natürlich die Sache, wenn der Erlaßvertrag wegen Irrthums anfechtbar ist und angefochten wird. Dann ist das Erlöschen des Schuldverhältnisses überhaupt nicht eingetreten.

Wirklichkeit bestanden hat, bewirkt der Vertrag sein Erlöschen gleich dem Erlasse. Der Gläubiger kann den Vertrag nicht durch den bloßen Beweis, daß das Schuldverhältniß bestanden habe, beseitigen, er kann vielmehr die in dem negativen Anerkennungsvertrage liegende Leistung (§ 812 Abs. 2), nämlich die Befreiung von der Verbindlichkeit, nur nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung zurückfordern.

3. Sowohl der Erlaß wie der negative Anerkennungsvertrag sind formlos (vergl. dagegen § 781).

Siebenter Titel.

Uebertragung der Forderung.

§ 117. Begriff und Erfordernisse.

§ 398 Satz 1.

I. Die Uebertragung [1]) einer Forderung auf einen Anderen (die Singularsuccession in die Forderung) kann durch einen Vertrag (§ 398) oder unmittelbar kraft Gesetzes (§ 412) oder durch richterliche Anordnung (§ 835 Abs. 2 CPO.) erfolgen [2]).

II. Bei der Uebertragung einer Forderung durch Vertrag ist dieser Vertrag, die Abtretung, streng zu unterscheiden von dem der Uebertragung zu Grunde liegenden kausalen Rechtsgeschäfte. Der materielle Grund der Abtretung kann ein verschiedener sein: jeder auf eine Vermögenszuwendung gerichtete Vertrag unter Lebenden, insbesondere Kauf, Tausch, Schenkung, Hingabe an Erfüllungsstatt, ferner eine Verfügung von Todeswegen (§§ 1939, 2173) [3]) oder eine unmittelbar durch Gesetz begründete Verpflichtung zur Abtretung (z. B. §§ 281, 255) [4]). Die Abtretung selbst ist ein abstrakter, von dem ihr zu Grunde liegenden kausalen Rechtsgeschäft unabhängiger Vertrag [5]). Auch wenn der Grund

---

[1]) Terminologie: Uebertragung ist die allgemeine Bezeichnung für den Uebergang eines Rechtes vom Berechtigten auf einen Anderen, gleichgültig, auf welchem Grunde die Uebertragung beruht. Abtretung ist die durch Vertrag erfolgende Uebertragung. Der Uebertragende (der Cedent) heißt der bisherige Gläubiger, derjenige, auf den die Forderung übergeht (der Cessionar), der neue Gläubiger. Die Behauptung Dernburgs (§ 134 unter I), daß das BGB. den Abtretenden als den „ursprünglichen Gläubiger" bezeichne, auch wenn er die Forderung von einem früheren Gläubiger erlangt hat, und nur „zuweilen" genauer vom bisherigen Gläubiger spreche, ist unzutreffend. Das Gesetz nennt den Abtretenden regelmäßig den bisherigen Gläubiger. Nur zweimal im § 399 und im § 405 spricht es vom „ursprünglichen Gläubiger", und an diesen beiden Stellen ist in der That der ursprüngliche, d. h. derjenige Gläubiger gemeint, in dessen Person die Forderung begründet worden ist. Das Gesetz ist auch hier in seiner Ausdrucksweise korrekt und konsequent.

[2]) So ausdrücklich § 294 Abs. 1 E. I.

[3]) Da das Vermächtniß nur einen persönlichen Anspruch gegen den Beschwerten begründet (§ 2174), so geht eine vermachte Forderung nicht, wie im preußischen Rechte (§§ 288, 408 I 12), mit dem Tode des Erblassers auf den Legatar über, dieser hat vielmehr nur gegen den Beschwerten einen Anspruch auf Abtretung der Forderung.

[4]) Diese auf Gesetz beruhende Verpflichtung zur Abtretung ist wohl zu unterscheiden von der kraft Gesetzes erfolgenden Uebertragung einer Forderung. Im ersteren Falle geht die Forderung auf den neuen Gläubiger erst über, wenn der Verpflichtete die Forderung abtritt oder zur Abtretung rechtskräftig verurtheilt ist (§ 894 CPO.).

[5]) Daher ist das aus dem kausalen Geschäfte sich ergebende obligatorische Verhältniß der Parteien, insbesondere die Haftung des bisherigen Gläubigers für Verität und Bonität der Forderung, im BGB. nicht bei der Lehre von der Uebertragung der Forderung,

nicht zu Recht besteht, geht die Forderung kraft der Abtretung auf den neuen Gläubiger über, dem bisherigen Gläubiger ist gegen ihn nur ein Anspruch aus der ungerechtfertigten Bereicherung gegeben[6]).

III. Grundsätzlich ist eine jede Forderung übertragbar, ohne daß es dazu der Einwilligung des Schuldners bedarf. Nicht nur persönliche Forderungen, sondern auch dingliche Ansprüche, z. B. die Vindikation (§§ 255, 931), und auch andere Rechte, z. B. Urheber- und Patentrechte, können übertragen werden[7]). Daß das Recht, das abgetreten wird, nach allen Richtungen hin bereits bestimmt ist, ist nicht erforderlich; es genügt, wenn es bestimmbar ist[8]).

§ 413.

§ 399.

IV. Die Regel der Abtretbarkeit der Forderungen erleidet jedoch folgende Ausnahmen[9]):

1. Ist die Person des Gläubigers für das Schuldverhältniß derartig wesentlich, daß die geschuldete Leistung dadurch, daß sie an einen Anderen erfolgen müßte, in ihrem Inhalte verändert würde, so kann die Forderung nicht abgetreten werden. Dies ist immer dann der Fall, wenn die Leistung dadurch, daß sie an eine bestimmte Person erfolgen soll, ihr individuelles Gepräge erhält, z. B. Unterricht, Heilung, Verpflegung, Anfertigung des Porträts des Gläubigers, Anfertigung eines für die Persönlichkeit des Gläubigers bestimmten Werkes (Stiefel, Kleidungsstücke)[10]).

2. Die Abtretung kann ferner nicht erfolgen, wenn sie durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist[11]), gleichgültig, ob diese Vereinbarung bei Begründung der Forderung oder später getroffen worden ist.

§ 400.

3. Endlich ist jede Forderung insoweit, als sie der Pfändung entzogen ist[12]), auch nicht übertragbar (§ 400), ebenso wie umgekehrt nach § 851 Abs. 1

---

sondern bei den einzelnen kausalen Rechtsgeschäften behandelt (vergl. §§ 437, 438, 521, 523, 2169, 2170, 2173). Die Abtretung der Forderung kann auch fiduziarisch zum Inkasso oder zur Sicherung eines Anspruchs (vergl. § 223 Abs. 2) erfolgen. Auch in diesem Falle geht durch die Abtretung die Forderung über; für das Verhältniß der Parteien ist das kausale Geschäft, der Auftrag, der Verpfändungsvertrag, maßgebend. Vergl. oben § 37 unter 7 und Entsch. des RG. vom 2. Februar 1901 in JW. 1901 S. 181 ff.

[6]) Jedoch ist die Abtretung nicht ein nothwendig abstraktes Geschäft (vergl. oben § 32 Anm. 11), sie kann vielmehr auch von der Wirksamkeit des Kausal-Geschäfts abhängig gemacht werden. Vergl. Schollmeyer Vorb. 2a vor § 398.

[7]) Ueber die Abtretung von Forderungen aus gegenseitigen Verträgen vergl. insbesondere RG. Bd. 13 S. 11 ff.

[8]) Vergl. Dernburg II § 135 unter II.

[9]) Alle landesrechtlichen Verbote des Erwerbes von Forderungen sind beseitigt; aufgehoben sind insbesondere auch die §§ 385—387 I 11 ALR., welche richterlichen Personen den Erwerb streitiger Rechte verbieten. Vergl. Art. 89 des preuß. AG. zum BGB.

[10]) Aus denselben oder doch ähnlichen Gründen ist in zahlreichen Einzelbestimmungen des Gesetzes die Uebertragbarkeit von Rechten ausgeschlossen. Als solche unübertragbaren Rechte sind zu erwähnen: das Recht der Vereinsmitgliedschaft (§ 38, vergl. auch § 717), Miethe und Pacht (§§ 549, 581), Anspruch auf Dienste (§ 613), Anspruch auf Ausführung des Auftrags (§ 664 Abs. 2), das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht des Mannes am eingebrachten Gute (§ 1408, vergl. § 1658).

[11]) Vergl. hierüber oben § 43 unter 4 b (S. 177).

[12]) In Betracht kommen außer den §§ 850—852 CPO. auch andere reichsrechtliche und nach Maßgabe des Art. 81 EG. landesgesetzliche Vorschriften (vergl. oben § 114 unter IV). Zu § 850 Ziffer 1 CPO. ist zu bemerken, daß durch Art. III des EG. zu dem Gesetze betr. Aenderungen der CPO. vom 17. 5. 98 das Gesetz vom 21. Juni 1869 betr. die Beschlagnahme des Arbeits- und Dienstlohns dahin geändert worden ist, daß die Unterscheidung zwischen Personen, die im Privatdienste dauernd oder nicht dauernd angestellt sind, fallen gelassen ist, so daß der 1500 Mark für das Jahr übersteigende Betrag der Vergütung pfändbar — also auch abtretbar — ist.

CPO. jede Forderung nur insoweit der Pfändung unterworfen ist, als sie übertragbar ist[13]).

V. Die Abtretung ist an eine Form nicht gebunden[14]), vielmehr geht die Forderung mit dem formlosen Abtretungsvertrag auf den neuen Gläubiger über (§ 398 S. 2). Um diesem jedoch die Legitimation dem Schuldner und Dritten gegenüber zu erleichtern, ist dem bisherigen Gläubiger die Verpflichtung auferlegt, dem neuen Gläubiger auf dessen Verlangen und auf dessen Kosten eine öffentlich beglaubigte Urkunde über die Abtretung auszustellen (§ 403)[15]). Die Kosten hat der neue Gläubiger auch vorzuschießen[16]). **§ 403.**

VI. Auch die Aushändigung der Schuldurkunde ist für die Wirksamkeit der Abtretung ohne jede Bedeutung. Das Eigenthum an der Schuldurkunde geht mit der Abtretung der Forderung von selbst auf den neuen Gläubiger über (§ 952). Der bisherige Gläubiger ist nicht nur zur Auslieferung der Schuldurkunde, sondern auch aller anderen in seinem Besitze befindlichen Urkunden, die zum Beweise der Forderung dienen können, z. B. der Korrespondenz mit dem Schuldner, verpflichtet und muß ferner dem neuen Gläubiger jede Auskunft ertheilen, die zur Geltendmachung der Forderung nöthig ist (§ 402)[17]). **§ 402.**

§ 118. Rechtsverhältniß zwischen dem neuen Gläubiger und dem Schuldner.

I. Der Uebergang der Forderung von dem bisherigen auf den neuen Gläubiger vollzieht sich in dem Augenblick, in welchem der Abtretungsvertrag perfekt geworden ist (§ 398 S. 2). Es ist, um diese Wirkung auch dem Schuldner und Dritten gegenüber herbeizuführen, kein weiterer Rechtsakt, weder eine besondere Form noch die Aushändigung des Schuldscheins noch auch die **§ 398 Satz 2.**

[13]) Ausnahmsweise ist der Pflichttheilsanspruch zwar übertragbar (§ 2317 Abs. 2), aber nicht pfändbar, es sei denn, daß er durch Vertrag anerkannt oder bereits rechtshängig geworden ist (§ 852 Abs. 1 CPO.). Dasselbe gilt für das dem Schuldner im § 528 BGB. gegebene Rückforderungsrecht (§ 852 Abs. 2 CPO.). Vergl. ferner § 857 Abs. 3 und § 851 Abs. 2 CPO.

[14]) Eine Ausnahme gilt nach § 1154 für die Abtretung von Hypothekenforderungen, bei welcher schriftliche Form der Abtretungserklärung (nicht auch der Annahme) und Uebergabe des Hypothekenbriefs erforderlich ist.

[15]) Ueber die analoge Anwendung des § 403 auf den Fall einer kraft Gesetzes erfolgenden Uebertragung einer Forderung (§ 412) siehe unten § 121 unter 2 c. Bei der Ueberweisung einer Forderung begründet der Ueberweisungsbeschluß die Legitimation (M. II S. 128). Ueber die öffentliche Beglaubigung s. oben § 41 unter E. (S. 165).

[16]) Und zwar auch ohne daß der Cedent es verlangt hat. Der Cessionar, welcher eine öffentlich beglaubigte Cession verlangt, wird also gut thun, die dadurch entstehenden Kosten gleich zu zahlen, da ohne dies der Cessionar dem Verlangen nicht Folge zu leisten braucht. (Vergl. Schollmeyer Anm. 2 zu § 403.) — Eine abweichende Bestimmung rücksichtlich der Kosten enthält § 1154 Abs. 1 S. 2.

[17]) Vergl. § 444. Zu beachten ist, daß die Verpflichtung des § 402 lediglich auf dem abstrakten Abtretungsvertrage beruht, also immer Platz greift, gleichgültig, welche causa der Abtretung zu Grunde liegt. Die Verpflichtung des § 402 liegt ferner vor bei der Uebertragung einer Forderung kraft Gesetzes (§ 412) und bei der Ueberweisung einer Forderung im Wege der Zwangsvollstreckung (§ 836 Abs. 3 CPO.). — Wie sich die Pflicht, die Urkunden auszuliefern, in dem Falle gestaltet, daß von mehreren in einer Schuldurkunde enthaltenen Forderungen nur eine, oder von der Forderung nur ein Theil abgetreten wird, ist im BGB. nicht bestimmt. Man wird in analoger Anwendung des § 444 S. 2 annehmen müssen, daß der bisherige Gläubiger zur Ertheilung eines öffentlich beglaubigten Auszugs verpflichtet ist. Vergl. Oertmann Anm. 2 zu § 402. Planck (Anm. 1 zu § 402) nimmt an, daß der neue Gläubiger die Einräumung des Mitbesitzes der Urkunden verlangen kann. Nach Schollmeyer (Anm. 3 zu § 402) kann er die Auslieferung der Urkunden selbst verlangen. — An dem Schuldscheine selbst erwirbt der neue Gläubiger auf Grund des § 952 das Miteigenthum. A. M. Dernburg II § 142 unter II.

Anzeige an den Schuldner erforderlich[1]). Auch auf die Kenntniß des Schuldners von der geschehenen Uebertragung kommt es nicht an. Wenn er auch bei mangelnder Kenntniß durch besondere Vorschriften (§§ 406—408) geschützt wird, so hat sich doch der Uebergang der Forderung bereits vollzogen, was insbesondere dann von Bedeutung ist, wenn der bisherige Gläubiger die Forderung mehrfach abtritt oder in Konkurs verfällt oder wenn für einen Gläubiger des bisherigen Gläubigers die abgetretene Forderung gepfändet wird[2]).

II. Die Forderung geht auf den neuen Gläubiger so über, wie sie zur Zeit der Abtretung beschaffen ist[3]), mit allen Nebenrechten, die ihr zustehen, und mit allen Mängeln, mit denen sie behaftet ist (§§ 401, 404).

§ 401. 1. Die für die abgetretene Forderung bestehenden Nebenrechte, insbesondere Hypotheken und Pfandrechte, und die Rechte aus einer Bürgschaft sowie ferner die für den Fall der Zwangsvollstreckung oder des Konkurses bestehenden Vorzugsrechte (vergl. §§ 61, 62 KO., §§ 10—12 ZVG.) gehen mit der abgetretenen Forderung von selbst auf den neuen Gläubiger über[4]), einer besonderen Abtretung dieser Nebenrechte bedarf es nicht. Jedoch kann der neue Gläubiger von dem bisherigen Gläubiger ein öffentlich beglaubigtes Anerkenntniß des Ueberganges der Nebenrechte verlangen[5]). Uebrigens kann der Uebergang der Nebenrechte, soweit nicht besondere Vorschriften entgegenstehen (vergl. § 1153 Abs. 2), durch Parteivereinbarung ausgeschlossen werden.

2. Von den Nebenrechten sind die Nebenforderungen, Zinsen, Früchte, Kosten, Vertragsstrafen, Schadensersatzansprüche, zu unterscheiden. Ueber den Uebergang dieser Nebenforderungen enthält das Gesetz keine Bestimmung. Sie gehen insoweit über, als sie abgetreten sind. Inwieweit sie mit abgetreten sind, ist in jedem einzelnen Falle durch Auslegung zu ermitteln. Rücksichtlich der Zinsen und Früchte vom Uebergange der Forderung an wird regelmäßig als Wille der Parteien anzunehmen sein, daß sie dem neuen Gläubiger zustehen sollen.[6]) Die Zinsen und Früchte bis zum Uebergange der Forderung stehen dem neuen Gläubiger nur zu, wenn dies besonders, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend, vereinbart ist, was der neue Gläubiger zu beweisen hat. Dies

---

[1]) Anders jedoch bei der Ueberweisung einer Forderung im Wege der Zwangsvollstreckung. In diesem Falle vollzieht sich der Uebergang der Forderung erst durch die Zustellung des Ueberweisungsbeschlusses an den Drittschuldner. § 835 Abs. 3 CPO. (Der § 736 Abs. 3 der bisherigen CPO. hat die Aenderung erfahren, daß auf die Ueberweisung nicht nur der Abs. 2 des § 730 alter Fassung, sondern auch der Abs. 3 entsprechende Anwendung findet. Vergl. über die frühere Streitfrage M. II S. 120, 121.) — Bei der Verpfändung einer Forderung, zu deren Uebertragung der Abtretungsvertrag genügt, ist die Anzeige an den Schuldner zur Begründung des Pfandrechts erforderlich (§ 1280).

[2]) Ist also der Abschluß des Abtretungsvertrags vor der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Schuldner erfolgt, so ist der neue Gläubiger zur Widerspruchsklage aus § 771 CPO. befugt, wenn auch der Schuldner zur Zeit der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an ihn keine Kenntniß von der Abtretung hatte.

[3]) Das Verbot der lex Anastasiana besteht ebensowenig wie im preußischen Rechte (§ 391 I 11).

[4]) Nach ALR. I, 11 § 404 konnten rein persönliche Befugnisse, welche dem Cedenten zustanden, vom Cessionar nicht ausgeübt werden, ebenso wie dieser sich nach den §§ 405, 406 a. a. O. seiner persönlichen Vorrechte nicht bedienen konnte. Nach dem BGB. werden diese kaum praktischen Fragen ebenso zu entscheiden sein (vergl. M. II S. 125). A. M. Oertmann, Anm. 3 zu § 401.

[5]) Es folgt dies aus den §§ 412, 403. Der Uebergang der Nebenrechte ist eine Uebertragung kraft Gesetzes.

[6]) Jedoch kann auch das Gegentheil vereinbart werden, denn es steht nichts im Wege, daß der bisherige Gläubiger sich den Anspruch auf künftige vorbedungene Zinsen vorbehält; ihn trifft jedoch die Beweislast für eine solche Vereinbarung.

gilt auch für die bis zum Uebergange der Forderung aufgelaufenen Verzugszinsen. Dagegen stehen Verzugszinsen vom Uebergange der Forderung an immer dem neuen Gläubiger zu; eine Vereinbarung, daß sie dem bisherigen Gläubiger vorbehalten sein sollen, erscheint unzulässig. Für die Vertragsstrafe gilt Entsprechendes: eine verwirkte Strafe gebührt dem neuen Gläubiger nur, wenn sie ihm mit abgetreten ist, der bedingte Anspruch auf eine noch nicht verwirkte Vertragsstrafe geht in der Regel mit über.[7])

§ 404. 3. Aus dem Grundsatze, daß die Forderung mit allen Mängeln, mit denen sie zur Zeit der Abtretung behaftet ist, auf den neuen Gläubiger übergeht, folgt, daß der Schuldner alle Einwendungen,[8]) die zur Zeit der Abtretung gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren, auch dem neuen Gläubiger entgegensetzen kann (§ 404).[9]) Es macht hierbei keinen Unterschied, ob der neue Gläubiger die Einwendung gekannt oder ob er sich in gutem Glauben befunden hat. Einen Schutz des gutgläubigen Erwerbes einer Forderung, ähnlich dem Schutze des gutgläubigen Erwerbes von Sachen (§§ 932 ff.), giebt es grundsätzlich[10]) nicht. Damit der Schuldner dem neuen Gläubiger eine Einwendung aus der Person des bisherigen Gläubigers entgegensetzen könne, ist nicht erforderlich, daß alle Thatsachen, welche die Einwendung begründen, schon zur Zeit der Abtretung eingetreten sind; es genügt vielmehr, daß der rechtliche Grund der Einwendung in dem bezeichneten Zeitpunkte vorliegt, mag auch die Thatsache, welche die Einwendung rechtfertigt, später eintreten.[11]) — Selbstverständlich ist, daß der Schuldner dem neuen Gläubiger auch alle die Einwendungen

---

[7]) Vergl. M. II S. 125, Planck Anm. 1 zu § 401, Cosack I § 114 S. 370 unter 2, Eccius I § 99. — Nebenforderungen, insbesondere Ansprüche auf vereinbarte Zinsen sowohl für die Vergangenheit als für die Zukunft, ferner Ansprüche auf Verzugszinsen für die Vergangenheit und auf verwirkte Vertragsstrafen können auch selbständig abgetreten werden. Wenn jedoch Leske S. 165 unter II daraus, daß Nebenforderungen ohne die Hauptforderung abgetreten werden können, folgert, daß auch Bürgschaftsforderungen selbständig übertragbar sind, so kann dem nicht beigestimmt werden. Es scheint dies auf einer Verwechselung zwischen Nebenrechten und Nebenforderungen zu beruhen. Die im § 401 erwähnten Neben- und Vorzugsrechte haben keine selbständige Existenz und können nicht ohne die Forderung selbst abgetreten werden. Vergl. Eccius I § 99 Anm. 93.

[8]) Ueber den Begriff der „Einwendungen" s. oben § 63 unter I S. 237. Der Schuldner kann also geltend machen, daß die abgetretene Forderung nicht entstanden (rechtshindernde Thatsachen), daß sie erloschen sei (rechtsvernichtende Thatsachen), daß ihr eine dilatorische oder eine peremptorische Einrede entgegenstehe. Er kann selbstverständlich ferner Einwendungen erheben, welche die Gültigkeit des Uebertragungsakts selbst betreffen, womit er die Aktivlegitimation des neuen Gläubigers leugnet, z. B. wegen Geschäftsunfähigkeit des Cedenten. Ueber die Einwendung, daß die Abtretung simuliert sei, vergl. oben § 37 unter 7, ferner M. II S. 129, 130, Leske S. 169.

[9]) Nach ALR. I 11 § 412 verlor der Schuldner die ihm gegen den Cedenten zustehenden Einwendungen, wenn er den Cessionar auf rechtsgültige Weise für seinen Gläubiger anerkannt hatte. Welche Bedeutung ein derartiges Anerkenntniß nach BGB. hat, ist Sache der Auslegung im einzelnen Falle (vergl. M. II S. 130, Cosack I § 114 S. 372 unter c). In der Regel wird die Absicht des Schuldners, der den neuen Gläubiger als seinen Gläubiger anerkennt, nicht dahin gehen, auf die ihm aus der Person des Cedenten zustehenden Einwendungen zu verzichten.

[10]) Eine Ausnahme tritt — abgesehen von der Vorschrift des § 405 — auf Grund des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs bei Hypothekenforderungen ein, § 1157, vergl. jedoch § 1158.

[11]) Dies ist besonders wichtig bei der Abtretung einer Forderung aus einem gegenseitigen Vertrage. Tritt z. B. der Verkäufer den Anspruch auf den Kaufpreis ab, so kann der Käufer dem neuen Gläubiger den Einwand der nicht oder nicht gehörig bewirkten Gegenleistung auch dann entgegensetzen, wenn die Thatsache, die den Mangel der Gegenleistung begründet, z. B. Entwehrung, Unmöglichkeit der Leistung, Verzug, erst nach der Abtretung eingetreten ist.

entgegensetzen kann, die ihm gegen diesen persönlich zustehen, denn der neue Gläubiger macht in der abgetretenen Forderung seine eigene geltend.

§ 405. 4. Eine Ausnahme zu Gunsten des gutgläubigen Erwerbers einer Forderung tritt nur bei zwei Einwendungen ein, nämlich bei dem Einwande, daß die abgetretene Forderung simuliert sei, und ferner bei dem Einwande, daß die Abtretung der Forderung durch Vereinbarung mit dem ursprünglichen Gläubiger ausgeschlossen sei. Hat nämlich der Schuldner über die Schuld eine Urkunde ausgestellt[12]), so muß er, auch wenn die Eingehung oder Anerkennung des Schuldverhältnisses nur zum Schein erfolgt und daher nichtig ist (§ 117), den Inhalt der Urkunde im Interesse der Sicherheit des Verkehrs als ernst gemeint gegen sich gelten lassen, und wenn die Abtretung der Forderung ausgeschlossen ist, muß er dafür sorgen, daß diese Vereinbarung in die Urkunde aufgenommen wird. Er kann daher dem Erwerber, welchem die Forderung unter Vorlegung der Urkunde[13]) abgetreten worden ist, die bezeichneten beiden Einwendungen nicht entgegensetzen, es sei denn, daß dieser die Einwendungen bei der Abtretung gekannt hat oder hat kennen müssen[14]).

§ 119. Vorschriften zum Schutze des Schuldners dem neuen Gläubiger gegenüber.

1. Die abgetretene Forderung geht, wie dargethan ist, auch im Verhältnisse zum Schuldner mit dem Augenblick auf den neuen Gläubiger über, in dem der Abtretungsvertrag abgeschlossen ist. Da zum Eintritte dieser Wirkung weder die Zuziehung noch die Benachrichtigung des Schuldners erforderlich ist, muß dieser gegen die Gefahren, die für ihn damit verbunden sind, daß an die Stelle seines bisherigen Gläubigers ein anderer Gläubiger getreten ist, durch besondere Vorschriften geschützt werden. Der Inhalt dieser Vorschriften geht dahin, daß der Schuldner seinen bisherigen Gläubiger so lange

---

[12]) Ist die Forderung keine verbriefte, so stehen die beiden Einwendungen dem Schuldner unbeschränkt zu. Zu beachten ist jedoch, daß, wenn der Schuldner das Schuldverhältniß nur zum Schein eingegangen ist oder anerkannt hat in der Absicht, den künftigen Erwerber der Scheinforderung zu täuschen, er wegen Betrugs haftet. — Es ist ferner darauf aufmerksam zu machen, daß der § 405 nur den Fall trifft, daß die Nichtabtretbarkeit der Forderung mit dem „ursprünglichen" (nicht, wie es sonst heißt, bisherigen) Gläubiger vereinbart worden ist. Wenn z. B. der ursprüngliche Gläubiger A. die Forderung an B. abgetreten hat, sodann durch Vereinbarung zwischen B. und dem Schuldner die fernere Abtretung der Forderung ausgeschlossen worden ist und B. trotzdem an C. abgetreten hat, so kann der Schuldner dem C. die Nichtabtretbarkeit der Forderung unbeschränkt entgegensetzen. Ist aber die Vereinbarung mit dem ursprünglichen Gläubiger getroffen, so ist es gleichgültig, ob dies bei Begründung der Forderung oder später geschehen ist, in beiden Fällen kommt § 405 zur Anwendung.

[13]) Nach Planck (Anm. 3 zu § 405) und Oertmann (Anm. 1 zu § 405) muß die Urkunde gerade bei der Abtretung vorgelegt sein. Daß eine spätere Vorlegung nicht genügt, ist klar. Aber von einer vor der Abtretung erfolgten Vorlegung läßt sich das nicht schlechthin behaupten. Es ist Thatfrage, ob zwischen der Vorlegung und der Abtretung ein so langer Zeitraum verstrichen ist, daß der Erwerber nicht mehr mit Sicherheit annehmen durfte, daß eine Aenderung im Inhalte der Urkunde nicht erfolgt sei.

[14]) Planck (Anm. 4 zu § 405), Dernburg (II S. 318 Anm. 2) nehmen mit Prot. I S. 391 an, daß auch der Rechtsnachfolger des gutgläubigen Erwerbers geschützt ist, auch wenn er selbst nicht gutgläubig ist. Dieser Annahme steht aber die Fassung des § 405 entgegen, welche von der Fassung des ursprünglichen, von der zweiten Kommission angenommenen Antrags (s. Prot. S. 389 Antrag 2) abweicht. Vergl. Fischer-Henle Anm. 3 zu § 405, Schollmeyer Anm. 3 zu § 405. Andererseits kommt die Bestimmung dem gutgläubigen Rechtsnachfolger eines bösgläubigen Erwerbers zu Gute. Oertmann Anm. 3 zu § 405.

noch als seinen wirklichen Gläubiger anzusehen und zu behandeln berechtigt ist, als er sich rücksichtlich der Abtretung der Forderung im guten Glauben befindet. Zum Ausschlusse des guten Glaubens ist nicht eine Bekanntmachung der Abtretung an den Schuldner erforderlich, es genügt vielmehr, daß der Schuldner auf irgend eine Weise von der Abtretung Kenntniß erlangt. Aber andererseits ist es nothwendig, daß der Schuldner die Abtretung wirklich kennt; es genügt weder das Kennen-Müssen noch eine Bekanntmachung, wenn sie nicht die thatsächliche Kenntniß zur Folge hat[1]). Daß der Schuldner von der Abtretung Kenntniß erlangt hat, muß ihm bewiesen werden.

§ 411. 2. Eine Ausnahme greift im Interesse einer geordneten Kassenführung dann Platz, wenn eine Militärperson, ein Beamter, ein Geistlicher oder ein Lehrer an einer öffentlichen Unterrichtsanstalt den übertragbaren Theil seines Einkommens abtritt. In diesem Falle kann die Kenntniß der Kasse von der Abtretung nur dadurch bewirkt werden, daß die Kasse durch Aushändigung einer von dem bisherigen Gläubiger ausgestellten öffentlich beglaubigten Urkunde von der Abtretung benachrichtigt wird. Irgend eine andere Mittheilung verpflichtet die Kasse nicht, die Abtretung zu berücksichtigen. Sie ist vielmehr befugt, den bisherigen Gläubiger noch immer als den wirklichen Gläubiger anzusehen, während sie andererseits sich auch mit dem neuen Gläubiger einlassen kann, da die Wirksamkeit der Abtretung auch hier von der Benachrichtigung nicht abhängig ist.

§ 407. 3. Da der Schuldner bis zur Kenntniß von der Abtretung den bisherigen Gläubiger als seinen wirklichen Gläubiger anzusehen berechtigt ist, so muß der neue Gläubiger jedes Rechtsgeschäft, welches zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger zwar nach der Abtretung, aber ohne daß der Schuldner Kenntniß von ihr hatte, in Ansehung der Forderung vorgenommen worden ist, insbesondere eine an den bisherigen Gläubiger bewirkte Leistung gegen sich gelten lassen (§ 407 Abs. 1)[2]). Ebenso muß er ein über die Forderung er-

[1]) Das regelmäßige Mittel, um dem Schuldner die Kenntniß von der Abtretung zu verschaffen, wird natürlich die Benachrichtigung sein. Aber es ist besonders zu beachten, daß die Grundsätze über das Zugehen einer empfangsbedürftigen Willenserklärung auf diese Benachrichtigung keine Anwendung finden. Hat der Schuldner, obwohl die Benachrichtigung ihm im Sinne der §§ 130 ff. zugegangen ist, dennoch keine Kenntniß von der ihm gemachten Mittheilung erlangt, so treten die an die Kenntniß von der Abtretung geknüpften Wirkungen nicht ein. Das gilt auch von der Zustellung durch den Gerichtsvollzieher (§ 132). Auch diese ist nur wirksam, wenn sie wirklich die Kenntniß des Schuldners herbeiführt. Es folgt weiter daraus, daß eine auf dem Wege des § 132 Abs. 2 erfolgte Anzeige nur dann wirksam ist, wenn sie wirklich zur Kenntniß des Schuldners gelangen sollte. — Bei der Ueberweisung einer Forderung im Wege der Zwangsvollstreckung kommt es nicht auf die wirkliche Kenntniß des Drittschuldners von der Ueberweisung an, vielmehr ist die Zustellung des Ueberweisungsbeschlusses an ihn (vergl. oben § 118 Anm. 1) schlechthin entscheidend. Vergl. Prot. I S. 393. Eine dem § 407 entsprechende Bestimmung hat die CPO. nicht.

[2]) Zu den zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger vorgenommenen Rechtsgeschäften gehören nicht nur die zwischen diesen Personen geschlossenen Verträge (z. B. Stundung, Erlaß, Vergleich u. s. w.), sondern auch, wie § 304 E. I ausdrücklich bestimmte, jedes von dem Einen gegenüber dem Anderen vorgenommene einseitige Rechtsgeschäft, z. B. Kündigung, Mahnung. Zu beachten ist aber, daß der § 407 nur dem Schuldner ein Recht giebt. Hat z. B. nach der Abtretung der bisherige Gläubiger dem Schuldner oder dieser jenem gekündigt und erfährt der Schuldner nunmehr die Abtretung, so hängt es von dem Belieben des Schuldners ab, ob er die Kündigung gelten lassen will oder nicht. Vergl. Cosack I § 114 unter II, 2. Dasselbe wird man konsequenter Weise von der Leistung annehmen müssen. Z. B. A. hat gegen B. eine Forderung. Diese Forderung erwirbt der Vater des B., der nicht die Absicht hat, sie gegen seinen Sohn geltend zu machen. Ohne Kenntniß von der Abtretung zahlt B. an A. Endemann I § 152 nimmt in Uebereinstimmung mit den Motiven (II S. 134) an, B. könne die Leistung nicht zurückfordern, da „die Leistung an den früheren Gläubiger als Erfüllung wirkt", also der Rechtszweck,

gangenes rechtskräftiges Urtheil gegen sich gelten lassen, wenn der Rechtsstreit zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger zwar nach der Abtretung anhängig geworden ist, der Schuldner aber bei dem Eintritte der Rechtshängigkeit die Abtretung nicht gekannt hat (§ 407 Abs. 2). Durch diese Vorschrift werden die Bestimmungen der CPO. über die Abtretung rechtshängiger Forderungen dahin erweitert, daß der Schuldner sich nicht nur dann auf ein zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger ergangenes rechtskräftiges Urtheil berufen kann, wenn die Abtretung nach der Rechtshängigkeit erfolgt ist (§ 325 Abs. 1 CPO.), sondern auch, wenn der Rechtsstreit zwar nach der Abtretung, aber vor der Kenntniß des Schuldners anhängig geworden ist. Gleichgültig ist die Parteirolle: die Wirkung des § 407 tritt ein, mag der bisherige Gläubiger oder der Schuldner (durch Erhebung einer negativen Feststellungsklage) Kläger sein [3]).

§ 408. 4. Derselbe Schutz, welcher dem Schuldner, der von der Abtretung keine Kenntniß hat, dem neuen Gläubiger gegenüber gegeben ist, steht ihm in dem Falle zu, daß der bisherige Gläubiger die abgetretene Forderung noch einmal abtritt. Obwohl in diesem Falle wirklicher Gläubiger nur der erste Erwerber ist [4]), so ist doch der Schuldner, wenn er von der zweiten Abtretung zuerst Kenntniß erlangt hat, berechtigt, den zweiten Cessionar so lange als seinen wirklichen Gläubiger anzusehen, bis er von der ersten Abtretung Kenntniß erlangt hat. Der erste Erwerber muß also jedes zwischen dem zweiten Cessionar und dem Schuldner vorgenommene Rechtsgeschäft und ebenso ein in einem Prozesse zwischen diesen Personen ergangenes rechtskräftiges Urtheil gegen sich gelten lassen, wenn er nicht beweist, daß der Schuldner bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts oder dem Eintritte der Rechtshängigkeit die erste Abtretung gekannt hat (§ 408 Abs. 1). Dasselbe gilt, wenn eine bereits abgetretene Forderung einem

---

den der Schuldner verfolgte, eingetreten ist. Diese Ansicht kann nicht als richtig angesehen werden. Im § 407 Abs. 1 ist nicht vorgeschrieben, daß die Leistung an den bisherigen Gläubiger absolut als Erfüllung gilt, sondern nur, daß der neue Gläubiger sie als Erfüllung gegen sich gelten lassen muß. Der bisherige Gläubiger, der in Wirklichkeit nicht mehr Gläubiger war, kann sich zu seinem Vortheil auf die Vorschrift des § 407 nicht berufen.

[3]) Hervorzuheben sind noch folgende beiden Punkte: 1. Aus dem in der vorhergehenden Anmerkung entwickelten Gedanken ergiebt sich, daß der beklagte Schuldner, welcher nach der Rechtshängigkeit von der vorher erfolgten Abtretung Kenntniß erhält, entweder den Prozeß mit dem bisherigen Gläubiger weiterführen und sich dann dem neuen Gläubiger gegenüber auf das rechtskräftige Urtheil berufen oder dem Kläger den Einwand der mangelnden Aktivlegitimation entgegensetzen kann. Vergl. Cosack I § 114, Planck Anm. 2 zu § 407. Kennt er beim Eintritte der Rechtshängigkeit die Abtretung, so muß er den Einwand der mangelnden Aktivlegitimation erheben. Thut er dies nicht, so führt er den Prozeß zwecklos, er kann ein ihm günstiges rechtskräftiges Urtheil dem neuen Gläubiger nicht entgegensetzen. 2. Die Gleichstellung des im § 407 Abs. 2 behandelten Falles mit dem der Abtretung einer rechtshängigen Forderung (§ 265 CPO.) ist keine vollständige, insbesondere treten die im § 265 Abs. 2 vorgeschriebenen prozessualen Wirkungen nicht ein. Der neue Gläubiger kann also eine Hauptintervention erheben oder gegen den Schuldner allein klagen (vergl. Oertmann Anm. 2a zu § 407). Der Schuldner kann in dem letzteren Falle nicht etwa Rechtshängigkeit einwenden und sich überhaupt auf Prozeßhandlungen des bisherigen Gläubigers in dem anderen Prozesse nicht berufen, denn der neue Gläubiger muß nach § 407 Abs. 2 nur das rechtskräftige Urtheil, nicht auch die Prozeßführung des bisherigen Gläubigers gegen sich gelten lassen. Vergl. M. II S. 133, 134. Endemann I § 152 Anm. 10.

[4]) Der abtretende Gläubiger hat durch die Abtretung aufgehört, Gläubiger zu sein; der zweite Cessionar kann also von ihm keine Forderung erwerben. Die Frage, ob der zweite Cessionar etwa dadurch ein Vorrecht vor dem ersten erlangt, daß ihm der Schuldschein zuerst ausgehändigt worden ist, was im preuß. Rechte vielfach angenommen wird, kann nach dem BGB. gar nicht entstehen.

Dritten überwiesen wird, der Schuldner also erst nach der Zustellung des Ueberweisungsbeschlusses von der früher erfolgten Abtretung Kenntniß erlangt [5]). Es gilt endlich auch dann, wenn der bisherige Gläubiger, nachdem er die Forderung abgetreten hat, einem Dritten gegenüber anerkennt, daß die Forderung kraft Gesetzes auf den Dritten übergegangen sei, und der Schuldner von dieser Anerkennung früher Kenntniß erlangt, als von der bereits erfolgten Abtretung (§ 408 Abs. 2).

5. Endlich ist der Zeitpunkt der Kenntniß des Schuldners von der Abtretung von entscheidender Bedeutung für die Berechtigung des Schuldners, eine ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehende Forderung dem neuen Gläubiger gegenüber aufzurechnen. Mit dem Abschlusse des Abtretungsvertrags löst sich das Schuldverhältniß zwischen dem bisherigen Gläubiger und dem Schuldner. Nicht mehr der abtretende Gläubiger, sondern der Erwerber der Forderung ist der Gläubiger des Schuldners. Die abgetretene, dem neuen Gläubiger zustehende Forderung und eine Forderung des Schuldners gegen den bisherigen Gläubiger sind keine gegenseitigen Forderungen, die Aufrechnung wäre also nach der Vorschrift des § 387 unzulässig. Der Schuldner war aber in der Lage, die ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehenden Forderungen gegen die abgetretene Forderung aufzurechnen, er konnte darauf rechnen, sich auf diese Weise von seiner Schuld zu befreien. Diese Rechtsposition darf ihm durch die Abtretung nicht entzogen werden. Und nicht nur diejenigen Forderungen darf er aufrechnen, die ihm zur Zeit der Abtretung gegen den bisherigen Gläubiger zustanden, sondern auch diejenigen, die er zwar nach der Abtretung, aber bevor er von ihr Kenntniß erlangte, erworben hat [6]), wobei wieder ihm der Zeitpunkt der Kenntniß nachzuweisen ist [7]). Von der Aufrechnung ausgeschlossen ist jedoch die Gegenforderung, wenn sie erst nach Erlangung der Kenntniß und später als die abgetretene Forderung fällig ist, denn in diesem Falle ist eine Forderung abgetreten worden, die weder zu dem entscheidenden Zeitpunkte noch auch zu dem Zeitpunkte, wo sie selbst fällig geworden ist, der Möglichkeit der Aufrechnung ausgesetzt war. Daß die Aufrechnung aus diesem Grunde unzulässig sei, hat der neue Gläubiger zu beweisen.

§ 406.

---

[5]) Im umgekehrten Falle, wenn die Forderung zuerst überwiesen, dann abgetreten worden ist und der Schuldner von der Abtretung früher Kenntniß erlangt als von der Zustellung des Ueberweisungsbeschlusses, gilt der Grundsatz der §§ 407, 408 nicht.

[6]) Die Aufrechnungs-Erklärung muß der Schuldner nach der Abtretung an sich dem neuen Gläubiger gegenüber abgeben. Jedoch greift hier wieder die Vorschrift des § 407 Abs. 1 ein: hat der Schuldner vor Kenntniß von der Abtretung die Aufrechnung dem bisherigen Gläubiger gegenüber erklärt, so muß der neue Gläubiger diese Erklärung gegen sich gelten lassen. — Bei der Ueberweisung einer Forderung ist auch rücksichtlich der Aufrechnungsbefugniß nicht die Erlangung der Kenntniß entscheidend, vielmehr kommt es nach § 392 auf den Zeitpunkt der Beschlagnahme der Forderung, also in der Regel der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner an (§ 829 Abs. 3 CPO.). Vergl. oben § 114 Anm. 5.

[7]) Geht die Forderung durch Abtretung durch mehrere Hände, so kann der Schuldner unter den Voraussetzungen des § 406 auch Gegenforderungen gegen die Zwischen-Cessionare aufrechnen, was nach ALR. §§ 315, 316 I 16 in der Regel nicht zulässig war. Vergl. M. II. S. 131, Oertmann Anm. 4 zu § 406, Leske S. 168, Dernburg II S. 321. — Zu beachten ist jedoch, daß § 406 im Falle des § 408 nicht zur Anwendung kommt. Hat der Gläubiger die Forderung zweimal abgetreten und erlangt der Schuldner von der zweiten unwirksamen Abtretung zuerst Kenntniß, so kann er eine Forderung gegen den zweiten Cessionar dem ersten Cessionar gegenüber dennoch nicht aufrechnen, mag er selbst diese Forderung erworben haben, um sie dem zweiten Cessionar gegenüber, den er für seinen wirklichen Gläubiger hielt, aufrechnen zu können. Vergl. Prot. I S. 393, 394.

§ 120. Vorschriften zum Schutze des Schuldners gegenüber dem bisherigen Gläubiger.

§ 409 Abs. 1 Satz 1.

1. Ob die Abtretung der Forderung in Wirklichkeit und zwar in wirksamer Weise[1]) (§§ 409, 410) erfolgt ist, ob also derjenige, mit dem der Schuldner sich als dem neuen Gläubiger eingelassen hat, in der That die Forderung erworben hat, hat in der Regel der Schuldner auf seine Gefahr zu prüfen (vergl. § 410). Diese Sachlage ändert sich jedoch, wenn der Gläubiger selbst dem Schuldner die erfolgte Abtretung anzeigt. Durch diese Anzeige erklärt der Gläubiger dem Schuldner, daß dieser die von ihm bezeichnete Person von nun an als seinen wahren Gläubiger betrachten solle. Der Schuldner ist in Folge dessen jeder weiteren Prüfung überhoben. Er kann die ihm als Erwerber der Forderung bezeichnete Person als seinen Gläubiger ansehen, selbst wenn die Abtretung nicht erfolgt oder wenn sie unwirksam ist[2]). Diese Vorschrift wirkt jedoch nur zu Gunsten des Schuldners dem anzeigenden Gläubiger gegenüber: dieser muß alle zwischen dem Schuldner und demjenigen, welcher als der neue Gläubiger bezeichnet worden ist, vorgenommenen Rechtsgeschäfte gegen sich gelten lassen. Der als Erwerber der Forderung Bezeichnete kann sich auf die in Rede stehende Vorschrift nicht berufen; ihm kann der Schuldner trotz der Anzeige die Einwendung entgegensetzen, daß er die Forderung nicht erworben habe, weil die Abtretung überhaupt nicht erfolgt oder zwar erfolgt, aber nichtig oder anfechtbar und angefochten sei.

2. Die Anzeige ist ein empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, welches an eine Form nicht gebunden ist. Ist sie selbst nichtig oder anfechtbar und angefochten, so tritt ihre Wirkung nicht ein.

§ 409 Abs. 2.

3. Wenn auch, wie dargethan, die Vorschrift des § 409 an erster Stelle zu Gunsten des Schuldners gegeben ist, so verbessert sie doch, wie ersichtlich ist,

---

[1]) Ist die Abtretung zwar anfechtbar aber nicht angefochten, so giebt dieser Umstand dem Schuldner kein Recht, die Leistung zu verweigern. Der Schuldner hat die Möglichkeit, sich in Gemäßheit des § 410 gegen Ansprüche des bisherigen Gläubigers zu schützen und ist ferner, wenn ihm die Anfechtbarkeit der Cession bekannt ist, dem neuen Gläubiger gegenüber auf Grund des § 372 Satz 2 zur Hinterlegung befugt. Vergl. oben § 108 unter III, 2 (S. 413), Prot. I S. 399—403.

[2]) Vergl. Hachenburg (Vorträge) S. 32 ff. Auch die Kenntniß des Schuldners davon, daß die Abtretung nicht oder nicht in wirksamer Weise erfolgt ist, ist für die Anwendung des § 409 Abs. 1 an sich unerheblich. Das schließt jedoch nicht aus, daß unter Umständen der Gläubiger dem Schuldner, welcher sich auf die Schutzvorschrift des § 409 Abs. 1 beruft, mit Erfolg die exceptio oder replica doli entgegensetzen kann. Jedoch genügt hierzu nicht der bloße Beweis, daß der Schuldner gewußt habe, die Abtretung sei nicht erfolgt oder sei nichtig oder anfechtbar und angefochten, sondern der Gläubiger muß außerdem beweisen, daß der Schuldner ihm nach den Vorschriften über Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen, insbesondere nach § 826, schadensersatzpflichtig sei. Ist dies der Fall, so muß der Schuldner den früheren Zustand wiederherstellen (§ 249), also das dem vermeintlichen Cessionar gegenüber vorgenommene Rechtsgeschäft, insbesondere eine an ihn erfolgte Zahlung, dem Gläubiger gegenüber als nicht vorgenommen ansehen lassen. Ob bei Kenntniß von der nicht oder unwirksam erfolgten Abtretung zugleich ein Verstoß gegen § 826 vorliegt, ist Thatfrage. Hat z. B. der Schuldner gewußt, daß die Abtretung simuliert sei, so wird ihm dies in der Regel nicht schaden, denn durch die Anzeige hat ihn der Gläubiger ermächtigt, an den Scheinerwerber zu zahlen und dies muß der Gläubiger gegen sich gelten lassen. Hat aber z. B. der Schuldner gewußt, daß die Abtretung wegen eines vom Cessionar begangenen Betrugs anfechtbar und vom Gläubiger angefochten sei, und zahlt er trotzdem an den betrügerischen Cessionar, obwohl er weiß oder sich sagen muß, daß er dadurch den Gläubiger schädigt, so handelt er gegen die guten Sitten, es liegt also der Fall des § 826 vor und er kann sich daher auf die an den Cessionar geleistete Zahlung dem Gläubiger gegenüber nicht berufen. Vergl. M. II S. 135, 136.

gleichzeitig die Stellung des neuen Gläubigers. In der Regel wird die Anzeige des Gläubigers, daß er die Forderung abgetreten habe, auf Grund einer wirklichen Abtretung erfolgen und der neue Gläubiger, der dafür gesorgt hat, daß die Anzeige gemacht werde, wird sich darauf verlassen, daß nunmehr der Schuldner sich in weitere Verhandlungen mit dem bisherigen Gläubiger nicht einlassen wird. Diese Lage darf dem neuen Gläubiger nicht gegen seinen Willen wieder entzogen werden. Daher kann die an sich wirksame[3]) Anzeige zwar wieder zurückgenommen werden, aber nur mit Zustimmung dessen, der als der neue Gläubiger bezeichnet worden ist (§ 409 Abs. 2). Ob dieser zur Ertheilung der Zustimmung verpflichtet ist, ist nach dem zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisse zu beurtheilen[4]). Auch die Zurücknahme der Anzeige ist ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft.

§ 409 Abs. 1 Satz 2. 4. Der Anzeige steht es gleich, wenn der Gläubiger über die Abtretung eine Urkunde ausgestellt, sie der in der Urkunde als Erwerber bezeichneten Person ausgehändigt und diese[5]) die Urkunde dem Schuldner vorgelegt hat. Es genügt auch eine privatschriftliche Urkunde, vorausgesetzt, daß sie echt ist. Ob dies der Fall ist, hat der Schuldner auf seine Gefahr zu prüfen. Ist sie nicht echt, so findet der im § 409 Abs. 1 vorgesehene Schutz nicht statt.

5. Eine dem § 409 entsprechende Bestimmung giebt die CPO. (§ 836 Abs. 2) für den Fall der Ueberweisung einer Forderung im Wege der Zwangsvollstreckung. Ist der Ueberweisungsbeschluß mit Unrecht erlassen worden, z. B. weil die Zwangsvollstreckung an sich unzulässig war oder die Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichts nicht vorlag (§ 828 Abs. 2 CPO.) oder die Forderung nicht pfändbar war, so muß dennoch der Schuldner (bisherige Gläubiger) die Ueberweisung so lange gegen sich gelten lassen, bis der Ueberweisungsbeschluß aufgehoben wird und die Aufhebung zur Kenntniß des Drittschuldners (Schuldners der überwiesenen Forderung) gelangt[6]).

§ 410. 6. Eine Verpflichtung des Schuldners, an den neuen Gläubiger zu leisten, tritt nur ein, wenn entweder dieser ihm eine vom bisherigen Gläubiger ausgestellte Urkunde über die Abtretung aushändigt oder der bisherige Gläubiger ihm die Abtretung schriftlich angezeigt hat (§ 410). Da der Schuldner außerdem Quittung zu verlangen berechtigt ist, so kann er auf diese Weise immer in den Besitz zweier Urkunden — der Abtretungsurkunde und der Quittung, oder der Anzeige und der Quittung[7]) — gelangen, die zusammen stets ausreichen,

---

[3]) Der Zustimmung des Cessionars bedarf es natürlich nicht, wenn die Anzeige unwirksam, z. B. wegen Irrthums anfechtbar und angefochten ist, denn dann ist die Anzeige als nicht erfolgt anzusehen. Vergl. Oertmann Anm. 3 zu § 409.

[4]) Muß der Gläubiger erst gegen den Cessionar auf Ertheilung der Zustimmung klagen, so empfiehlt es sich für ihn, durch eine einstweilige Verfügung sich dagegen zu schützen, daß der Schuldner sich inzwischen weiter mit dem Cessionar einläßt.

[5]) Ihre Identität muß der Schuldner auf seine eigene Gefahr prüfen.

[6]) Es ist zu beachten, daß hier nicht schon die Zustellung des Aufhebungsbeschlusses maßgebend ist, sondern erst die wirkliche Kenntniß des Schuldners von der Aufhebung des Beschlusses. Ueber die Anwendung des § 409 im Falle einer cessio legis s. unten § 121 unter 2 c.

[7]) Hieraus erklärt es sich, warum das Gesetz im § 409 nur die Vorlegung einer Abtretungsurkunde, im § 410 aber die Aushändigung vorschreibt, und ferner, warum die im § 409 erwähnte Anzeige formlos sein kann, im § 410 Abs. 2 aber eine schriftliche Anzeige verlangt wird. Der Gläubiger ist an die in der Abtretungsurkunde oder in der Anzeige enthaltene Willenserklärung dem Schuldner gegenüber gebunden, wenn diese Willenserklärung dem Schuldner überhaupt nur zugeht; der Schuldner aber braucht sich mit der bloßen Quittung des neuen Gläubigers nicht zu begnügen, er kann noch eine Urkunde (Ab-

um dem bisherigen Gläubiger gegenüber den Beweis der Zahlung zu erbringen. Der Schuldner ist somit in ausreichender Weise gegen die Gefahr geschützt, trotz der Leistung an denjenigen, der ihm gegenüber als Erwerber der Forderung aufgetreten ist, noch einmal an den bisherigen Gläubiger leisten zu müssen[8]).

7. Dementsprechend ist auch eine Kündigung oder eine Mahnung[9]) des neuen Gläubigers nur wirksam, wenn dem Schuldner entweder eine solche Abtretungsurkunde vorgelegt wird oder ihm die Abtretung in der angegebenen Weise angezeigt worden ist. Die Unwirksamkeit einer seitens des neuen Gläubigers ohne Vorlegung der Urkunde erfolgten Mahnung oder Kündigung tritt jedoch nur ein, wenn der Schuldner sie aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist.

§ 121. Die Uebertragung einer Forderung kraft Gesetzes.

1. Die Uebertragung einer Forderung kraft Gesetzes findet nur in denjenigen Fällen statt, in denen dies im Gesetze besonders vorgeschrieben ist[1]).

§ 412. 2. Für die Uebertragung einer Forderung kraft Gesetzes gelten im Wesentlichen dieselben Grundsätze wie für die Abtretung einer Forderung (§ 41_)[2]). Im Einzelnen ist folgendes hervorzuheben:

a) Soweit eine Forderung nicht abgetreten werden kann, insbesondere also soweit sie der Pfändung entzogen ist, ist auch ihr Uebergang kraft Gesetzes ausgeschlossen (§§ 399, 400).

b) Auch beim Uebergang einer Forderung kraft Gesetzes gehen Neben- und Vorzugsrechte von selbst auf den Erwerber mit über (§ 401).

c) An die Stelle der Abtretungsurkunde (§§ 403, 409, 410) tritt die Urkunde, in welcher der bisherige Gläubiger anerkennt, daß die Forderung kraft Gesetzes übergegangen sei. Eine solche öffentlich beglaubigte Urkunde ist er dem neuen Gläubiger auf Verlangen auszustellen verpflichtet.

d) Wenn auch der Uebergang der Forderung sich mit dem Augenblicke vollzieht, in welchem sämmtliche gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen, so ist doch der Schuldner dadurch geschützt, daß für sein Verhältniß zum neuen Gläubiger nach Maßgabe der §§ 406—408 der Zeitpunkt maßgebend ist, in welchem er von dem Uebergange der Forderung Kenntniß erlangt hat. Wann dies der Fall gewesen, muß ihm nachgewiesen werden.

e) Die Schutzvorschrift des § 409 greift zu Gunsten des Schuldners dem bisherigen Gläubiger gegenüber dann Platz, wenn letzterer dem Schuldner angezeigt hat, daß die Forderung kraft Gesetzes übergegangen sei, oder wenn er eine Urkunde ausgestellt hat, in welcher er den gesetzlichen Uebergang der Forderung auf den neuen Gläubiger anerkennt und dieser die Urkunde dem

---

tretungserklärung oder schriftliche Anzeige) verlangen, durch die er jederzeit nachweisen kann, warum er (auf Grund des § 409) den Aussteller der Quittung als seinen Gläubiger anzusehen berechtigt war. Vergl. Prot. I S. 397.

[8]) Einen ferneren Schutz gewährt dem Schuldner der § 94 CPO.

[9]) Eine analoge Ausdehnung der Vorschrift auf andere einseitige Rechtsgeschäfte des neuen Gläubigers ist nicht ausgeschlossen. Vergl. Hachenburg (Vorträge) S. 62.

[1]) Vergl. §§ 268 Abs. 3, 426 Abs. 2, 774 Abs. 1. 1143 Abs. 1, 1225, 1607 Abs. 2, 1709 Abs. 2, ferner HGB. § 25 Abs. 1. Eine der Bestimmung des preuß. Rechtes (ALR. § 46 I 16) entsprechende Vorschrift, daß derjenige, welcher die Schuld eines Anderen bezahlt, in die Rechte des bezahlten Gläubigers eintritt, kennt das BGB. nicht.

[2]) Keine Anwendung finden die §§ 405 und 411. Ersterer kann nach der Natur der Sache nicht zur Anwendung gelangen; daß § 411 nicht analog anzuwenden ist, ist positiven Rechtes.

Schuldner vorgelegt hat. Dann muß der Gläubiger dem Schuldner gegenüber den Uebergang selbst dann gelten lassen, wenn er in Wirklichkeit nicht erfolgt ist. Mit derselben Modifikation erfolgt die Anwendung des § 410.

Achter Titel.

Die Schuldübernahme.

§ 122. Begriff und Erfordernisse.

I. Wie durch die Uebertragung der Forderung ein Wechsel in der Person des Gläubigers, eine Sondernachfolge in die aktive Seite des Schuldverhältnisses, bewirkt wird, so stellt sich die Schuldübernahme als ein Wechsel in der Person des Schuldners, eine Sondernachfolge in die passive Seite des im Uebrigen unverändert bleibenden Schuldverhältnisses, dar. Während aber die Uebertragung der Forderung ohne und selbst gegen den Willen des anderen Theiles sich vollzieht, da die Person des Gläubigers regelmäßig für den Schuldner ohne entscheidende Bedeutung ist[1]), kann ein Wechsel in der Person des Schuldners ohne den Willen des Gläubigers sich nicht vollziehen. Die Schuldübernahme kann daher nur erfolgen entweder durch einen von dem Gläubiger selbst mit dem Uebernehmer geschlossenen Vertrag oder zwar auch durch einen Vertrag zwischen dem Schuldner und dem Uebernehmer, aber dann nur unter Zustimmung des Gläubigers[2]).

§ 414. II. Der zwischen dem Gläubiger und dem Dritten geschlossene Schuldübernahmevertrag ist ein abstrakter, an eine Form nicht gebundener Vertrag des Inhalts, daß der bisherige Schuldner aus dem Schuldverhältniß ausscheiden und an seine Stelle der Uebernehmer treten soll. Durch diesen auf den Wechsel des Schuldners gerichteten Vertrag unterscheidet sich die Schuldübernahme von demjenigen zwischen dem Gläubiger und dem Dritten geschlossenen Vertrage, nach welchem der Dritte nicht an die Stelle, sondern an die Seite des Schuldners tritt[3]), sei es, daß der Dritte neben ihm als

---

[1]) Vergl. oben § 117 unter 3.

[2]) Ueber die Zulässigkeit der Schuldübernahme ist nichts bestimmt. Sie ist, da sie sich nur mit dem Willen des Gläubigers vollziehen kann, bei jedem Schuldverhältnisse zulässig. Die Ansicht Oertmanns (Vorb. 4 vor § 414), daß sie nur bei fungiblen Leistungen zulässig sei, ist unzutreffend. Auch bei der Verpflichtung zum Malen eines Porträts, der Uebernahme einer Vertheidigung (vergl. Oertmann Anm. 1 zu § 267) kann, wenn der Gläubiger damit einverstanden ist, an die Stelle des eigentlich Verpflichteten ein Anderer treten. Vergl. Planck Vorb. 1 vor § 414.

[3]) Das BGB. versteht unter Schuldübernahme lediglich den Vertrag, durch welchen der bisherige Schuldner frei und an seiner Stelle der Uebernehmer haftbar wird. Die Beachtung dieser Terminologie ist für das richtige Verständniß des Gesetzes von Wichtigkeit. Es wirkt verwirrend, von einer kumulativen Schuldübernahme zu sprechen, wie es Oertmann (Vorb. 2 vor § 414) und Dernburg (II § 155) thun. Eine „kumulative Schuldübernahme" giebt es nicht, wenn man sich der Sprache des BGB. bedient, denn es gehört zum Begriffe der Schuldübernahme im Sinne des BGB., daß sie für den Schuldner befreiend wirkt. Es ist daher auch die Polemik Dernburgs (II § 155 Anm. 2) gegen Planck unbegründet. Planck bedient sich der Ausdrucksweise des Gesetzes und nach dieser sind Schuldübernahme und Begründung eines Gesammtschuldverhältnisses in der That Gegensätze. Wenn Dernburg meint, Planck hätte richtiger gesagt: „eine Schuldübernahme, welche ein Gesammtschuldverhältniß begründet", so wäre dies ein Widerspruch in sich selbst gewesen. — Hieraus ergiebt sich auch, daß der § 419 keine Schuldübernahme enthält und daher eigentlich nicht in den Abschnitt von der Schuldübernahme gehört. Vergl. Schollmeyer Vorb. 3 vor § 414.

Gesammtschuldner oder als Bürge haften soll[4]. — Zu der Schuldübernahme ist die Zustimmung des Schuldners nicht erforderlich, so daß dieser ohne und sogar gegen seinen Willen durch die Schuldübernahme befreit wird. Welche Ansprüche der Schuldübernehmer gegen den befreiten Schuldner hat, richtet sich nach dem zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisse[5].

§ 415. III. Auch durch Vertrag mit dem Schuldner kann eine Schuld von einem Dritten mit der Wirkung übernommen werden, daß die Schuld unmittelbar vom Schuldner auf den Uebernehmer übergeht, daß der Schuldner frei wird und der Dritte in das Schuldverhältniß als Schuldner eintritt[6]. Der Vertrag bedarf aber zu seiner Wirksamkeit gegenüber dem Gläubiger[7] der Zustimmung des Gläubigers[8].

---

[4] Daß ein Dritter in ein bestehendes Schuldverhältniß derart eintreten kann, daß er neben und mit dem Schuldner als Gesammtschuldner haften soll, ist angesichts der geltenden Vertragsfreiheit unbedenklich. Ein solcher Vertrag unterscheidet sich von der Uebernahme einer Bürgschaft, auch einer selbstschuldnerischen, sehr wesentlich. Denn der Bürge, auch der selbstschuldnerische, haftet für fremde Schuld, so daß alles, was den Schuldner befreit, auch ihn befreit. Der Gesammtschuldner haftet für eigene Schuld; die Befreiung des ersten Schuldners, z. B. durch Erlaß, kommt nicht nothwendiger Weise auch ihm zu Gute (§ 423). Vergl. Schollmeyer Vorb. 3 vor § 414. — Ob bei einem zwischen dem Gläubiger und dem Dritten geschlossenen Vertrage Schuldübernahme oder Eintritt des Dritten neben dem Schuldner, ferner ob im letzteren Falle Eintritt als Gesammtschuldner oder als Bürge vorliegt, ist Sache der Auslegung. Die vom ALR. (§ 401 I 14) aufgestellte Regel, daß, wenn es zweifelhaft ist, ob Schuldübernahme oder Bürgschaft vorliegt, letzteres vermuthet wird, ist zwar in das BGB. nicht übergegangen, aber sie ist in der Natur der Sache begründet, da man im Zweifel nicht wird annehmen können, daß der Gläubiger seinen eigentlichen Schuldner habe entlassen wollen. Und ist es zweifelhaft, ob Eintritt als Gesammtschuldner oder als Bürge vorliegt, so wird man Letzteres als das für den Eintretenden minder lästige annehmen.

[5] Vergl. oben § 79 Anm. 3.

[6] Dieser Vertrag ist zu unterscheiden von der sog. Erfüllungsübernahme, bei welcher dem Gläubiger der alte Schuldner verhaftet bleibt und der Dritte nur dem Schuldner gegenüber obligatorisch verpflichtet ist, den Gläubiger zu befriedigen. Vergl. oben § 99 Anm. 10.

[7] Unter den Parteien bleibt der Vertrag auch im Falle der Verweigerung der Genehmigung wirksam, zwar nicht als Schuldübernahme, aber doch als Erfüllungsübernahme. Vergl. im Texte unter 2 c (S. 452).

[8] Ueber die rechtliche Konstruktion des Vertrags herrscht Streit. (Vergl. M. II S. 143 ff., Prot. I S. 407 ff., Planck Anm. 1 zu 415, Dernburg II § 156 unter III, und besonders Schollmeyer Anm. 4 zu § 415.) Die einfachste, aus der Fassung des Gesetzes sich am ungezwungensten ergebende und mit den im Leben — insbesondere bei der Uebernahme einer Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis — herrschenden Anschauungen übereinstimmende Konstruktion ist folgende: Der zwischen dem Schuldner und dem Dritten geschlossene Vertrag hat eine dingliche und regelmäßig auch eine obligatorische Wirkung. Die erstere besteht darin, daß ein unmittelbarer Uebergang der Schuld auf den Uebernehmer eintritt. Diese Wirkung des Vertrags ist aber, weil sie in die Rechtssphäre des Gläubigers eingreift, von der Zustimmung des Gläubigers abhängig (vergl. oben § 56 unter 1). Die von den allgemeinen Vorschriften abweichende Bestimmung, daß die Genehmigung des Gläubigers erst nach einer an ihn gemachten Mittheilung erfolgen kann, zwingt nicht zu einer anderen Konstruktion, hat vielmehr ihren besonderen Grund (s. über diesen in Anm. 11). — Die obligatorische Wirkung des Vertrags besteht darin, daß der Dritte dem Schuldner gegenüber verpflichtet ist, ihn davor zu schützen, daß er vom Gläubiger in Anspruch genommen wird. Diese obligatorische Wirkung besteht selbständig; sie ist erledigt, wenn die dingliche Wirkung in Folge der Genehmigung seitens des Gläubigers definitiv eingetreten ist; sie besteht allein, wenn die dingliche Wirkung wegen der Verweigerung der Genehmigung hinfällig geworden ist. Die obligatorische Wirkung des Vertrags ist aber keine nothwendige („im Zweifel" § 415 Abs. 3). So kann z. B., wenn der Käufer eine Schuld des Verkäufers in Anrechnung auf den Kaufpreis übernimmt, vereinbart werden, daß, falls der Gläubiger die Schuldübernahme nicht genehmige, der Käufer den Kaufpreis sofort baar zu zahlen habe.

1. Hat der Gläubiger seine Einwilligung vor dem Abschlusse des Vertrags erklärt[9]), so erlangt der Vertrag sofort seine Wirksamkeit. Diese Einwilligung kann sowohl dem Schuldner als dem Dritten gegenüber erklärt (§ 182 Abs. 1) und in der Regel bis zum Abschlusse des Vertrags widerrufen werden (§ 183).

2. Fehlt es an der Einwilligung, so hängt die Wirksamkeit des Vertrags von der Genehmigung des Gläubigers ab. Die Genehmigung kann jedoch erst erfolgen, wenn die Schuldübernahme dem Gläubiger mitgetheilt ist[10]); die Mittheilung — eine empfangsbedürftige Willenserklärung — kann sowohl von dem Schuldner wie dem Dritten ausgehen. Für die aus dem Vertrag entstehenden Folgen sind somit drei Stadien zu unterscheiden: der Schwebezustand zwischen dem Abschlusse des Vertrags und dem Zeitpunkt, in welchem feststeht, ob die Genehmigung ertheilt oder verweigert ist, die Ertheilung der Genehmigung und die Verweigerung der Genehmigung.

a) Während des Schwebezustandes ist der Vertrag nicht ohne jede Wirkung. In der zwischen dem Schuldner und dem Dritten vereinbarten Schuldübernahme liegt vielmehr im Zweifel zugleich eine Erfüllungsübernahme, so daß der Dritte dem Schuldner gegenüber zur rechtzeitigen Befriedigung des Gläubigers verpflichtet ist. Die Parteien können jedoch, auch wenn dem Gläubiger bereits die Mittheilung von dem Abschlusse des Vertrags gemacht ist, so lange die Genehmigung nicht erklärt ist, die Aenderung oder Aufhebung des Vertrags vereinbaren[11]). Ein einseitiger Rücktritt vom Vertrag ist, falls nicht eine der Parteien ihn sich vorbehalten hat, ausgeschlossen.

b) Ist dem Gläubiger die Schuldübernahme mitgetheilt, so kann er seine Genehmigung sowohl dem Schuldner als dem Dritten — nicht nur demjenigen, von welchem die Mittheilung ausgegangen ist — erklären. Mit der Genehmigung erlangt die Schuldübernahme als solche ihre Wirksamkeit und zwar mit rückwirkender Kraft (§ 184): bereits mit dem Abschlusse des Vertrags ist der Schuldner aus dem Schuldverhältniß ausgeschieden und der Dritte an seine Stelle getreten, sodaß dieser auch für diejenigen Erweiterungen haftet, welche die Schuld nach dem Abschlusse des Vertrags bis zur Genehmigung erfahren hat[12]).

c) Die Verweigerung der Genehmigung kann — sowohl dem einen als dem anderen Theile gegenüber — wirksam erklärt werden, ohne daß dem Gläubiger von dem Schuldner oder dem Dritten eine Mittheilung von der Schuldübernahme gemacht ist. Der Verweigerung der Genehmigung steht es gleich, wenn der Schuldner oder der Dritte den Gläubiger unter Bestimmung einer von ihm festgesetzten[13]) Frist zur Erklärung aufgefordert und der Gläubiger

---

[9]) Der Fall, daß der Gläubiger seine Einwilligung, vorherige Zustimmung, erklärt, ist im Gesetze nicht besonders erwähnt, weil er selbstverständlich ist (M. II S. 145).

[10]) Vergl. hierüber die folgende Anmerkung.

[11]) In diesem Rechte der Parteien, den Vertrag zu ändern oder aufzuheben, liegt der Grund, warum der Gläubiger die Genehmigung erst erklären kann, nachdem die Schuldübernahme ihm von einer der Parteien mitgetheilt worden ist. Durch eine eigenmächtige Genehmigung soll der Gläubiger jenes Recht der Parteien nicht illusorisch machen können (M. II S. 144). Eine ohne wirksame Mittheilung erfolgte Genehmigung ist nichtig, der Uebernehmer haftet dem Gläubiger nicht, die Parteien sind nicht gehindert, den Vertrag wieder aufzuheben.

[12]) Vergl. Schollmeyer Anm. 1 b zu § 415.

[13]) Die Länge der Frist festzusetzen, ist hier lediglich Sache des Bestimmenden; angemessen braucht die Frist nicht zu sein. Haben beide, der Schuldner und der Dritte, dem Gläubiger Fristen, welche zu verschiedenen Zeiten ablaufen, gesetzt, so ist die zuerst bestimmte Frist maßgebend, wenn sie auch später abläuft als die später gesetzte. Denn mit

nicht vor Ablauf der Frist die Genehmigung[14]) erklärt hat. — Die Folge der Verweigerung der Genehmigung ist, daß die Schuldübernahme nicht wirksam geworden ist[15]). Der Schuldner bleibt allein dem Gläubiger verpflichtet, der Dritte ist in das Schuldverhältniß nicht eingetreten. Unter den Parteien aber behält der Vertrag insofern seine Wirksamkeit, als in ihm im Zweifel zugleich eine Erfüllungsübernahme liegt; der Dritte bleibt dem Schuldner gegenüber verpflichtet, den Gläubiger rechtzeitig zu befriedigen.

§ 123. Die Wirkungen der Schuldübernahme.

§ 417 Abs. 1.

I. Grundsätzlich wird durch die Schuldübernahme an dem objektiven Bestande der Schuld nichts geändert: der Gläubiger hat einen anderen Schuldner erhalten, seine Forderung ist aber dieselbe geblieben[1]). Der Uebernehmer ist daher berechtigt, dem Gläubiger alle Einwendungen entgegenzusetzen, welche dem Schuldner aus dem Schuldverhältnisse zustanden. Der Uebernehmer kann geltend machen, daß die Forderung des Gläubigers gegen den bisherigen Schuldner nicht entstanden, daß sie erloschen, daß der bisherige Schuldner berechtigt ist, die Leistung zu verweigern. Daß der Uebernehmer an der Geltendmachung der Einwendung ein Interesse habe, ist nicht erforderlich[2]).

II. Dagegen ist der Uebernehmer nicht berechtigt, eine Forderung des bisherigen Schuldners gegen die Forderung des Gläubigers aufzurechnen, da nur eigene Forderungen aufgerechnet werden können. Hat der bisherige Schuldner

---

der Setzung der ersten Frist hat der Gläubiger das Recht erlangt, sich bis zum Ablaufe dieser Frist zu erklären; dieses Recht kann ihm nicht dadurch, daß ihm später von dem Anderen einer kürzere Frist gesetzt wird, genommen werden. A. M. Planck Anm. 3 zu § 415, Neumann Anm. 3 zu § 415.

[14]) Im Gegensatze zu anderen Vorschriften (vergl. §§ 108 Abs. 2, 177 Abs. 2) braucht hier die Erklärung über die Genehmigung nicht demjenigen Theile gegenüber zu erfolgen, welcher zur Erklärung aufgefordert hat, sie kann auch dem anderen Theile gegenüber erfolgen.

[15]) „Die Schuldübernahme gilt als nicht erfolgt" (§ 415 Abs. 2). Da eine Schuldübernahme also nicht mehr vorliegt, so ist eine nachträgliche Genehmigung wirkungslos. Es bedarf eines neuen Schuldübernahmevertrags. Vergl. Prot. I S. 412 (anders E. I § 315 Abs. 2), Planck Anm. 2 zu § 415. Daß ein solcher nunmehr zwischen dem Gläubiger direkt und dem Uebernehmer geschlossen werden kann (nach § 414), ist selbstverständlich und auch darin ist Dernburg (II § 156 Anm. 3) beizutreten, daß der Abschluß eines solchen Vertrags darin erblickt werden kann, daß der Uebernehmer das Genehmigungsgesuch an den Gläubiger erneuert und dieser nunmehr genehmigt. Aber damit wird nicht der erste — nicht mehr bestehende — Uebernahmevertrag zwischen Schuldner und Uebernehmer wirksam, sondern es ist eben ein neuer Vertrag; erst mit dem Abschlusse dieses neuen Vertrags geht die Schuld in ihrem jetzigen Bestand auf den Uebernehmer über, nicht, wie es bei der Genehmigung der Fall wäre, ex tunc in ihrem damaligen Bestande. Vergl. Schollmeyer Anm. 1 c zu § 415.

[1]) Die Klage des Gläubigers gegen den Uebernehmer ist nicht eine Klage aus der Schuldübernahme, sondern aus dem Schuldverhältnisse zwischen dem Gläubiger und dem alten Schuldner. Die Schuldübernahme begründet nur die Passivlegitimation des Uebernehmers. Sie enthält an sich, auch wenn sie durch Vertrag zwischen dem Gläubiger und Uebernehmer (§ 414) zu Stande gekommen ist, kein vom Uebernehmer dem Gläubiger abgegebenes Schuldversprechen. Vergl. RG. Bd. 1 S. 403.

[2]) Dem Uebernehmer wird häufig das Interesse an der Geltendmachung der Einwendung fehlen. Hat z. B. A. eine Darlehnsschuld des B. an C. übernommen, um dadurch eine Kaufpreisforderung, die dem B. gegen ihn zustand, zu tilgen, so hat er kein Interesse daran, dem C. einzuwenden, das Darlehen sei in Wirklichkeit nicht gegeben. Denn wenn er hierdurch gegen C. obsiegt, bleibt er Schuldner des B. wegen des Kaufpreises. Trotzdem kann er dem C. jene Einwendung entgegensetzen.

die Aufrechnung bereits vor der Schuldübernahme[3]) erklärt, so kann sich der Uebernehmer auf die dadurch bewirkte Tilgung der Forderung des Gläubigers berufen[4]).

III. Da die Schuldübernahme ein abstraktes Geschäft ist, so bewirkt sie den Uebergang der Schuld von dem bisherigen Schuldner auf den Uebernehmer selbst dann, wenn das der Schuldübernahme zu Grunde liegende kausale Geschäft unwirksam ist. Einwendungen aus diesem der Schuldübernahme zu Grunde liegenden Geschäfte kann daher der Uebernehmer dem Gläubiger nicht entgegensetzen, er kann sich vielmehr wegen solcher Einwendungen nur an den bisherigen Schuldner halten[5]). Wohl aber kann der Uebernehmer dem Gläubiger gegenüber die Unwirksamkeit des Uebernahmevertrags selbst geltend machen, denn ist dieser nichtig oder anfechtbar und angefochten[6]), so ist der Uebernehmer in Wirklichkeit nicht Schuldner des Gläubigers geworden. § 417 Abs. 2.

IV. Aus dem Grundsatze, daß die Schuldübernahme nur einen Wechsel in der Person des Schuldners herbeiführt, die Forderung in ihrem objektiven Bestand aber unangetastet läßt, würde an sich folgen, daß auch Bürgschaften und Pfandrechte, welche die Forderung verstärken, bestehen bleiben[7]). Aus Billigkeitsgründen hat das Gesetz jedoch diesen Grundsatz durchbrochen[8]). § 418 Abs. 1.

1. Bürgschaften, welche für die Forderung bestellt sind, erlöschen in Folge der Schuldübernahme, es sei denn, daß der Bürge in die Schuldübernahme ein-

---

[3]) Nach der Schuldübernahme kann auch der bisherige Schuldner nicht mehr aufrechnen, da er nicht mehr Schuldner des Gläubigers ist. Will er die Aufrechnung einer ihm gegen den Gläubiger zustehenden Forderung ermöglichen, so muß er die Forderung dem Uebernehmer abtreten und dieser muß die Aufrechnung erklären. — Selbstverständlich ist, daß der Uebernehmer seine eigenen Forderungen aufrechnen und ebenso alle ihm gegen den Gläubiger zustehenden Einwendungen geltend machen kann.

[4]) Wie ist es mit einem dem Schuldner zustehenden Anfechtungsrechte? Z. B.: A. hat dem B. durch arglistige Täuschung eine werthlose Kopie als ein Originalgemälde verkauft. Die Kaufpreisschuld hat C. übernommen. Hierauf erfährt B. den Betrug. C. kann nicht anfechten, da er nicht der Betrogene ist (vergl. Schollmeyer Anm. 1a zu § 417). Wohl aber kann B. anfechten, denn für die Ausübung des Anfechtungsrechts ist es unerheblich, daß er nicht mehr der Schuldner des A. ist. Nunmehr kann sich C. auf die erfolgte Anfechtung berufen.

[5]) So kann insbesondere in dem häufigen Falle, daß der Käufer eine Schuld des Verkäufers in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen hat, der Käufer dem Gläubiger weder die exceptio non impleti contractus entgegenhalten noch ihm gegenüber Einwendungen aus der Mangelhaftigkeit der gekauften Sache herleiten. Auch wenn der Kaufvertrag durch mutuus dissensus aufgehoben worden oder der Käufer vom Kaufvertrage zurückgetreten ist (§§ 325, 326), steht dem Käufer ein Einwand gegen den Gläubiger nicht zu. — Für die Anwendung des § 417 Abs. 2 ist es übrigens gleichgültig, ob die Schuldübernahme nach § 414 oder nach § 415 zu Stande gekommen ist.

[6]) Zu bemerken ist, daß der Uebernehmer die Anfechtung im Falle des § 414 dem Gläubiger gegenüber, im Falle des § 415 dem Schuldner gegenüber erklären muß. Treu und Glauben erfordern es aber, daß er im Falle des § 415 auch dem Gläubiger von der erfolgten Anfechtung Mittheilung macht.

[7]) Das Recht auf eine Vertragsstrafe, gleichgültig, ob diese zur Zeit der Schuldübernahme schon verwirkt ist oder nicht, bleibt auch gegen den Uebernehmer bestehen.

[8]) Vergl. M. II S. 147, Prot. I S. 423. Das Gesetz nimmt bei den Ausnahmen auf den durch die Schuldübernahme herbeigeführten wirthschaftlichen Effekt Rücksicht. Wenn auch für die rechtliche Natur der Forderung der Eintritt eines neuen Schuldners an die Stelle des alten unerheblich ist, so ist für den ökonomischen Werth der Forderung die Person des Schuldners von ausschlaggebender Bedeutung. Es wäre unbillig, die Bürgen und Pfandbesteller, die für den bisherigen Schuldner eingetreten sind, auch für den Uebernehmer haften zu lassen. Für die kraft Gesetzes bestehenden Pfandrechte (z. B. § 559) und Bürgschaften (z. B. § 571 Abs. 2) trifft diese Erwägung nicht zu, sie bleiben also bestehen. Vergl. Prot. I S. 425.

willigt. Die Einwilligung des Bürgen kann jedem der beiden Theile gegenüber, zwischen denen der Schuldübernahmevertrag geschlossen wird[9]), erklärt werden (§ 182), sie kann bis zum Abschlusse des Vertrags widerrufen werden, sie muß aber vor dem Abschlusse des Vertrags erklärt sein. Die Genehmigung (§ 184) steht der Einwilligung (§ 183) hier nicht gleich. Ist der Schuldübernahmevertrag einmal ohne die Einwilligung des Bürgen geschlossen, so ist die Bürgschaft erloschen. Allerdings kann unter Umständen, wenn der Bürge dem Gläubiger gegenüber nachträglich seine Zustimmung in der im § 766 vorgeschriebenen Form abgiebt, hierin die erneute Uebernahme der Bürgschaft liegen.

2. Ebenso erlischt in Folge der Schuldübernahme ein für die Forderung bestelltes Pfandrecht, es sei denn, daß derjenige, dem das Pfand zur Zeit der Schuldübernahme gehört, in die Schuldübernahme einwilligt. Es ist daher zu unterscheiden:

a) Gehört das Pfand zur Zeit der Schuldübernahme dem Uebernehmer, so bleibt es verhaftet, da in dem Abschlusse des Vertrags die Einwilligung liegt.

b) Gehört das Pfand dem Schuldner, so bleibt es aus demselben Grunde verhaftet, wenn der Schuldübernahmevertrag zwischen ihm und dem Uebernehmer (§ 415) geschlossen wird; wird dagegen der Vertrag von dem Uebernehmer mit dem Gläubiger geschlossen (§ 414), so erlischt das Pfandrecht, wenn nicht der Schuldner in den Vertrag einwilligt.

c) Gehört das Pfand zur Zeit der Schuldübernahme[10]) einem Dritten, so ist zum Fortbestehen des Pfandrechts dessen Einwilligung erforderlich.

3. Dieselben Grundsätze wie für das Pfandrecht gelten für eine für die Forderung bestehende Hypothek, nur tritt, wenn der Eigenthümer des Grundstücks in die Schuldübernahme nicht gewilligt hat, kein Erlöschen der Hypothek ein, vielmehr erwirbt sie der Eigenthümer des Grundstücks (§ 1168)[11]). Ist die Hypothek eine Gesammthypothek, so erlischt sie an dem Grundstücke desjenigen Eigenthümers, welcher in die Schuldübernahme nicht gewilligt hat (§ 1175 Abs. 1 S. 2)[12]).

---

[9]) Im Falle des § 414 kann die Einwilligung sowohl dem Gläubiger wie dem Uebernehmer gegenüber, im Falle des § 415 sowohl dem Gläubiger wie dem Schuldner gegenüber erklärt werden.

[10]) Dieser Zeitpunkt ist immer der entscheidende. Hat der Schuldner selbst das Pfand bestellt, hat aber inzwischen ein Eigenthumswechsel stattgefunden, so ist die Einwilligung des nunmehrigen Eigenthümers erforderlich. — Die Fassung des Gesetzes giebt jedoch zu erheblichen Zweifeln Veranlassung. A. verpfändet dem B. eine ihm von X. geliehene Uhr, an welcher B., da er sich in gutem Glauben befindet, das Pfandrecht erwirbt (§ 1207). Die Schuld des A. übernimmt C., sei es durch Vertrag mit B. (§ 414) unter Einwilligung des A., sei es durch den von B. genehmigten Vertrag mit A. (§ 415). Ist zum Fortbestehen des Pfandrechts noch die Einwilligung des X. erforderlich und erlischt, wenn diese Einwilligung fehlt, das Pfandrecht? Wenn man sich genau an den Wortlaut des § 418 hält, so muß man diese Frage bejahen. Denn zur Zeit der Schuldübernahme gehört die Uhr dem X., es ist also seine Einwilligung erforderlich. Dies kann aber nicht die Meinung des Gesetzes sein. Vielmehr ist gemeint, daß der dritte Pfandbesteller oder derjenige, welcher das Pfand nach der Bestellung und vor der Schuldübernahme erworben hat, nicht gegen seinen Willen mit dem Pfande für eine andere Person, d. h. den Uebernehmer, haften soll. In dem obigen Beispiele muß die von A. verpfändete Uhr im Sinne des § 418 als eine ihm gehörige angesehen werden.

[11]) Dieser kann vom Gläubiger die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs verlangen (§ 894).

[12]) Die Hypothek des A. haftet auf den dem B. gehörigen Grundstücken X. und Y. B. veräußert das Grundstück X. an C.; C. übernimmt die Hypothekenforderung des A., dieser genehmigt die Uebernahme. Dann bleibt die Hypothek auf beiden Grundstücken bestehen, da B. auch als Eigenthümer des Grundstücks Y. in die Schuldübernahme

4. Eine fernere Ausnahme gilt endlich für ein Vorzugsrecht, welches der Forderung nach § 61 KO. zusteht. Ein solches Vorzugsrecht kann der Gläubiger im Konkurs über das Vermögen des Uebernehmers nicht geltend machen, da er anderenfalls in die Reihe der bevorrechtigten Gläubiger des Uebernehmers eintreten und dessen andere Gläubiger schädigen würde[13]). § 418 Abs. 2.

§ 124. Die Uebernahme einer Hypothekenschuld Seitens des Grundstückserwerbers.

I. Der im Verkehre häufigste und daher praktisch wichtigste Fall einer zwischen dem Schuldner und dem Uebernehmer vereinbarten Schuldübernahme ist der, daß der Erwerber eines Grundstücks eine Schuld des Veräußerers übernimmt, für welche eine Hypothek[1]) an dem Grundstücke besteht. Diese Schuldübernahme geschieht in der Regel in Anrechnung auf den Kaufpreis (in partem pretii). Dies ist jedoch kein Erforderniß für die Wirksamkeit der Schuldübernahme und für die Anwendung des § 416, da es für die Schuldübernahme als ein abstraktes Geschäft gleichgültig ist, aus welchem Grunde sie erfolgt, wie es denn überhaupt für die Anwendung des § 416 unerheblich ist, welches Kausalgeschäft der Veräußerung des Grundstücks zu Grunde liegt.[2]) § 416.

II. Die zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber vereinbarte Schuldübernahme bedarf, den allgemeinen Grundsätzen entsprechend, der Genehmigung des Hypothekengläubigers. Ertheilt er die Genehmigung, so wird der Veräußerer von seiner persönlichen Verbindlichkeit frei und der Erwerber wird persönlicher Schuldner. Verweigert er die Genehmigung, so bleibt der Veräußerer persönlich verhaftet, während der Erwerber dem Hypothekengläubiger gegenüber nicht persönlich haftet.[3]) Um jedoch die Befreiung des Veräußerers zu erleichtern, sind

---

gewilligt hat. — B. veräußert erst das Grundstück X. an C., ohne daß eine Uebernahme der Hypothek durch C. zu Stande kommt. Sodann veräußert B. das Grundstück Y. an D., welcher die Hypothekenforderung des A. mit dessen Genehmigung übernimmt. Hat C. in diese Schuldübernahme nicht gewilligt, so erlischt die Hypothek auf dem Grundstücke X. und haftet nur noch auf dem Grundstück Y.).

[13]) Vergl. M. II S. 147, Prot. I S. 425.

[1]) Auf die Uebernahme einer Schuld des Veräußerers, zu deren Sicherung eine Grundschuld bestellt worden ist, kommt § 416 nicht zur Anwendung. Hat der Gläubiger einer Grundschuld sich noch die persönliche Haftung des Grundstückseigenthümers ausbedungen, so ist dies ein Beweis, daß die dingliche Sicherheit ihm nicht genügt, daß er vielmehr auf die persönliche Haftung des Schuldners ein großes Gewicht legte. Daher sollen die im § 416 vorgeschriebenen Erleichterungen des Erlöschens der persönlichen Haftung des Schuldners nicht Platz greifen. De Uebernahme einer durch eine Grundschuld gesicherten Schuld ist lediglich nach § 415 zu beurtheilen. Vergl. Prot. I S. 418. — Anders im Falle der Zwangsversteigerung nach § 53 Abs. 2 ZVG. — Daß der Veräußerer für die Hypothekenschuld persönlich haften muß, versteht sich für die Anwendung des § 416 von selbst, da anderenfalls eine Schuldübernahme nicht denkbar ist. Daß § 416 auch für die Sicherungshypothek gilt, ist unbedenklich, aber auch auf den Fall einer Vormerkung ist er anzuwenden. Vergl. Oberneck § 138 unter 1.

[2]) Es kann das kausale Geschäft nicht nur ein entgeltliches (Kauf, Tausch, Einbringung in eine Gesellschaft u. s. w.), sondern auch ein unentgeltliches, eine Schenkung, sein.

[3]) Hierin liegt die wichtige Abweichung vom früheren preuß. Rechte. Nach § 41 Abs. 1 des Eigenthumserw.Ges. vom 5. Mai 1872 hatte die Uebernahme einer Hypothek seitens des Erwerbers eines Grundstücks die Wirkung, daß der Gläubiger die persönliche Klage gegen den Erwerber erlangte, „auch wenn er dem Uebernahmevertrag nicht beigetreten ist.“ Der Gläubiger hatte also zwei persönliche Schuldner, die ihm solidarisch hafteten. Der Veräußerer wurde nur unter besonderen Voraussetzungen von seiner persönlichen Haftung frei. Nach dem § 416 hat der Gläubiger nur einen persönlichen Schuldner, entweder den Veräußerer oder den Erwerber. Beide können ihm nur auf Grund besonderer Abreden haften.

einige von den allgemeinen Grundsätzen des § 415 abweichende Vorschriften gegeben:

1. Die wichtigste Abweichung ist die, daß das Schweigen des Gläubigers unter gewissen Voraussetzungen als Genehmigung gilt. Hat nämlich der Veräußerer dem Gläubiger die Schuldübernahme mitgetheilt, so muß der Gläubiger binnen sechs Monaten vom Empfange der Mittheilung dem Veräußerer gegenüber erklären, daß er die Genehmigung verweigere, widrigenfalls sie als ertheilt gilt.[4]) Jedoch muß, damit dieser Nachtheil eintreten kann, die Mittheilung des Veräußerers schriftlich[5]) erfolgen und den Hinweis auf den dem Gläubiger drohenden Rechtsnachtheil enthalten.[6]) Die Beweislast vertheilt sich so, daß der Veräußerer die Mittheilung und den Zeitpunkt ihres Empfanges,[7]) der Gläubiger die Verweigerung der Genehmigung beweisen muß.

2. Da das größte Interesse an der Feststellung, ob die Schuldübernahme wirksam wird, der Veräußerer hat, so ist ihm allein das Recht gegeben, dem Gläubiger die Schuldübernahme mitzutheilen.[8]) Aus demselben Grunde kann auch nur ihm gegenüber die Verweigerung der Genehmigung erklärt werden, während die Erklärung, daß die Genehmigung ertheilt werde, sowohl ihm wie

— Zu bemerken ist noch, daß sowohl wenn die Genehmigung ertheilt, als auch wenn sie verweigert wird, die Hypothek, d. h. die dingliche Haftung des Grundstücks, bestehen bleibt. Für den Fall, daß der Gläubiger die Genehmigung verweigert, ist dies selbstverständlich. Genehmigt er die Schuldübernahme, so folgt das unveränderte Fortbestehen der Hypothek aus § 418 Abs. 1 S. 3; siehe oben § 123 unter 2 b und 3.

[4]) Die Ertheilung der Genehmigung tritt kraft gesetzlicher Fiktion als bloße Folge des Ablaufs der Frist ein. Es ist daher völlig unerheblich, aus welchem Grunde die Erklärung innerhalb der Frist nicht erfolgt ist. Auch ist das Schweigen keine Willenserklärung und kann daher nicht wegen Willensmängel angefochten werden. Hat z. B. der Gläubiger, dem mitgetheilt worden ist, daß A. die Schuld übernommen hat, geglaubt, dies sei der bekannte reiche Bankier A., und hat er deswegen geschwiegen, während der Uebernehmer in Wirklichkeit ein anderer wenig zahlungsfähiger A. war, so ist trotzdem die Genehmigung erfolgt und der Veräußerer frei. Vergl. Neumann Vorb. 4e vor § 186.

[5]) Es ist also die Formvorschrift des § 126 zu beobachten, die Mittheilung muß vom Veräußerer eigenhändig durch Namensunterschrift unterzeichnet sein. Fehlt es an diesem Erforderniß oder enthält die Mittheilung nicht den vorgeschriebenen Hinweis, so hat sie nicht die Wirkung, die sechsmonatige Frist in Lauf zu setzen. Fraglich aber ist, ob sie völlig wirkungslos ist, d. h. ob eine auf Grund einer solchen Mittheilung erfolgte Genehmigung unwirksam ist. Man wird dies nicht annehmen können. Denn die Formvorschrift und der Hinweis auf das Präjudiz sind nur „mit Rücksicht auf die schwerwiegende Wirkung, welche sich . . . aus dem Schweigen . . . ergebe, geboten“, haben also nur den Schutz des Gläubigers im Auge und können daher nicht Platz greifen, wenn er wirklich genehmigt. Vergl. Planck Anm. 1e zu § 416.

[6]) Sie muß den Hinweis enthalten, daß der Uebernehmer an die Stelle des bisherigen Schuldners tritt, wenn nicht der Gläubiger die Verweigerung innerhalb einer Frist von sechs Monaten nach dem Empfange der Mittheilung erklärt. Da der Laie aus dieser Mittheilung nicht immer ohne Weiteres entnehmen wird, daß es sich um die persönliche Haftung handelt, so wird man gut thun, deutlicher zu sagen, daß der Uebernehmer als persönlicher Schuldner an die Stelle des bisherigen Schuldners tritt. — Einen Hinweis darauf, daß die Verweigerung dem Veräußerer gegenüber erklärt werden müsse, braucht die Mittheilung nicht zu enthalten.

[7]) Bei der großen Bedeutung dieser Mittheilung wird daher der Veräußerer gut thun, die Mittheilung durch Vermittelung eines Gerichtsvollziehers (§ 132 Abs. 1) zuzustellen.

[8]) Der Erwerber kann die Schuldübernahme nicht im eigenen Namen mittheilen, er kann aber natürlich einen selbständigen Schuldübernahme-Vertrag im Sinne des § 414 mit dem Gläubiger abschließen (vergl. Prot. II S. 474), ihm auch die Schuldübernahme als Vertreter des Veräußerers mittheilen. Handelt er als Vertreter ohne Vertretungsmacht, so kommt § 180 zur Anwendung.

dem Erwerber gegenüber abgegeben werden kann.[9]) — Weder der Erwerber, noch der Veräußerer haben das (im § 415 Abs. 2 S. 2 vorgeschriebene) Recht, dem Gläubiger eine Frist zur Erklärung über die Genehmigung mit der Wirkung zu bestimmen, daß nach erfolglosem Ablaufe der Frist die Genehmigung als verweigert gilt, vielmehr setzt die Mittheilung des Veräußerers von selbst die gesetzliche Frist von sechs Monaten in Lauf, deren erfolgloser Ablauf hier, wie erwähnt, die umgekehrte Wirkung hat, daß die Genehmigung als ertheilt gilt.

3. Die Befreiung des Veräußerers soll zur Folge haben, daß die persönliche und die dingliche Haftung in einer Person, der des Erwerbers, vereinigt sind. Es würde den Intentionen der Parteien widersprechen, wenn derjenige, welcher ein Grundstück zu veräußern beabsichtigt, auch schon den dahin zielenden obligatorischen Vertrag geschlossen hat, durch die Schuldübernahme von der persönlichen Schuld frei würde, auch wenn es nachher in Wirklichkeit zu einer Uebertragung des Eigenthums am Grundstücke nicht käme. Es würden in einem solchen Falle wieder die persönliche und die dingliche Haftung verschiedene Personen treffen, was das Gesetz nach Möglichkeit vermieden sehen will. Daher kann die Schuldübernahme zwar schon vor der Uebertragung des Eigenthums am Grundstücke vereinbart werden, was in der Regel geschieht, die Mittheilung des Veräußerers an den Gläubiger kann jedoch wirksam erst erfolgen, wenn der Erwerber als Eigenthümer im Grundbuch eingetragen ist[10]).

4. Da auch der Erwerber ein erhebliches Interesse daran hat, festzustellen, ob die Schuldübernahme wirksam wird oder nicht, und da ihm selber das Recht, durch eine an den Gläubiger gerichtete Aufforderung die Entscheidung herbeizuführen, versagt ist, so kann er von dem Veräußerer verlangen, daß dieser dem Gläubiger die Schuldübernahme mittheile. Das Verlangen ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung. Der Veräußerer ist ferner verpflichtet, sobald die Ertheilung oder Verweigerung der Genehmigung feststeht, insbesondere, wenn die sechsmonatige Frist ohne Erklärung des Gläubigers verstrichen ist, den Erwerber hiervon zu benachrichtigen. Unterläßt der Veräußerer trotz des Verlangens des Erwerbers die gehörige Mittheilung an den Gläubiger oder benachrichtigt er den Erwerber nicht, so hat er ihm den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

---

[9]) Dies muß angenommen werden, da der § 416 in dieser Beziehung nichts vom § 415 Abweichendes vorschreibt, ebenso Planck Anm. 1b zu § 416, Dernburg II § 159 unter III, Leske § 53 Anm. 5, A. M. Schollmeyer Anm. 3e zu § 416, Oertmann Anm. 1a zu § 416.

[10]) Auch hier entsteht die Frage (vergl. Anm. 5), ob die auf Grund einer vorher erfolgten Mittheilung erklärte Genehmigung wirkungslos ist. Dies muß angenommen werden, nicht nur auf Grund der Fassung des Gesetzes („die Mittheilung kann erst erfolgen"), sondern auch wegen des Zweckes der Vorschrift, der dahin geht, „die Vereinigung der obligatorischen Haftung mit dem Eigenthum an dem der Hypothek unterworfenen Grundstück in einer Person zu fördern", Prot. I S. 415; vergl. Planck Anm. 1 d zu § 416, Oberneck § 139 unter 3. — Dernburg (II § 159 unter III, 1) und Schollmeyer (Anm. 3 d zu § 416) nehmen das Gegentheil an. Wie nun aber, wenn auf die vor dem Eigenthums-Uebergang erfolgte Mittheilung des Veräußerers die Genehmigung erfolgt und es dann zu einer Auflassung des Grundstücks nicht kommt? Soll da auch die Schuldübernahme wirksam sein und der Uebernehmer, obwohl er gar nicht „Erwerber" ist, für die Schuld haften? Dies würde offenbar den Intentionen der Parteien widersprechen und höchst unbillig sein. Man müßte, wenn man der Ansicht von Dernburg und Schollmeyer folgen will, wenigstens annehmen, daß die Schuldübernahme eine bedingte, d. h. nur für den Fall gewollte ist, daß der Uebernehmer das Grundstück wirklich erwirbt, so daß er, wenn es zu einem Erwerbe nicht kommt, dem Gläubiger diese auf den Schuldübernahmevertrag selbst gegründete Einwendung entgegensetzen kann.

III. Verweigert der Gläubiger die Genehmigung der Schuldübernahme, so bleibt der Veräußerer persönlich verhaftet. Dies kann für ihn leicht den großen Nachtheil haben, daß er noch lange Zeit nach der Veräußerung des Grundstücks, nachdem dieses vielleicht wiederholt den Eigenthümer gewechselt hat, von dem Gläubiger in Anspruch genommen wird, obwohl er selbst keinen Einfluß auf die ordentliche Verwaltung des Grundstücks und auf die Erhaltung der dinglichen Sicherheit für die Hypothek ausüben konnte. Das Gesetz hat aus diesem Grunde besondere Vorschriften zum Schutze des Veräußerers gegeben. Befriedigt er den Gläubiger, so daß er dadurch einen Ersatzanspruch gegen den Uebernehmer erwirbt, so geht die Hypothek kraft Gesetzes insoweit, als ihm dieser Ersatzanspruch zusteht, auf ihn über (§ 1164). Er kann in Folge dessen von dem Gläubiger die Aushändigung des Hypothekenbriefs und der sonstigen zur Berichtigung des Grundbuchs erforderlichen Urkunden, insbesondere eines öffentlich beglaubigten Anerkenntnisses, daß die Hypothek kraft Gesetzes auf ihn übergegangen ist, verlangen (§§ 1167, 1144). Dieses Recht darf ihm nicht dadurch vereitelt werden, daß der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet oder sie durch Rechtsgeschäft aufhebt (§ 1183) oder einem anderen Rechte den Vorrang einräumt. Trifft der Gläubiger eine solche Verfügung über die Hypothek, so wird der Veräußerer von seiner persönlichen Haftung insoweit frei, als er aus der Hypothek hätte Ersatz erlangen können (§ 1165). Endlich hat der Gläubiger, wenn er die Zwangsversteigerung des Grundstücks betreibt, den Veräußerer hiervon unverzüglich zu benachrichtigen, damit dieser in der Lage ist, etwa durch Mitbieten einen Ausfall der Hypothek des Gläubigers zu verhüten. Hat der Gläubiger diese Verpflichtung nicht erfüllt, so kann der Veräußerer die Haftung für den Ausfall insoweit ablehnen, als er bei rechtzeitiger Benachrichtigung den Ausfall hätte verhindern können (§ 1166)[11].

Neunter Titel.

Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern.

§ 125. Allgemeines.

Wenn an einem Schuldverhältnisse Mehrere neben einander als Gläubiger oder als Schuldner betheiligt sind, so kann in Ansehung der Forderung entweder Jeder zu einem bestimmten Antheile berechtigt oder es können nur alle gemeinschaftlich zur Forderung der Leistung befugt oder es kann endlich Jeder zur Forderung der ganzen Leistung berechtigt sein derart, daß die Leistung des Schuldners an einen Gläubiger das Schuldverhältniß aufhebt (Gesammtgläubiger).

In Ansehung der Schuld können entweder die Schuldner zu bestimmten Antheilen oder es kann jeder Schuldner zur ganzen Leistung verpflichtet

[11]) Nach § 415 Abs. 3 ist ferner der Erwerber dem Veräußerer gegenüber verpflichtet, den Gläubiger rechtzeitig zu befriedigen. Verweigert der Gläubiger die Genehmigung der Schuldübernahme, so kann der Veräußerer bei Fälligkeit der Schuld — die er eventuell selbst durch Kündigung herbeiführen kann — vom Erwerber die Befriedigung des Gläubigers verlangen. Ist die Uebernahme in Anrechnung auf das Kaufgeld erfolgt, so ist der Erwerber durch die bloße Uebernahme noch nicht von seiner Kaufpreisschuld befreit (§ 364 Abs. 2). In der Uebernahme liegt zugleich eine Stundung des Kaufpreises, wie sich aus § 366 Abs. 2 ergiebt. Vergl. Neumann Anm. 5 zu § 415.

sein derart, daß die Leistung des einen das Schuldverhältniß aufhebt (Gesammtschuldner).

Das BGB. regelt die Betheiligung Mehrerer an einem Schuldverhältnisse nicht nur für Verträge, sondern allgemein. Seine Bestimmungen, welche auf der Unterscheidung beruhen, ob das Schuldverhältniß auf eine theilbare oder untheilbare Leistung[1]) gerichtet ist, sind folgende[2]):

I. Wenn Mehrere eine Leistung zu fordern haben, so ist,

1. wenn die Leistung theilbar ist, im Zweifel jeder Gläubiger nur zu einem gleichen Antheile berechtigt (§ 420). Gleichgültig ist, ob die Personenmehrheit schon bei Begründung des Schuldverhältnisses vorhanden war oder ob sie erst später eingetreten ist (z. B. durch Abtretung an Mehrere)[3]). Jeder von mehreren Berechtigten ist zur selbständigen Geltendmachung seines Antheils berechtigt, doch kann bei gegenseitigen Verträgen der Schuldner die eingeforderte Theilleistung verweigern, bis die ganze Gegenleistung bewirkt ist (§ 320 Abs. 1 S. 2), also auch dann, wenn ein anderer Mitberechtigter mit seinem Theile der Gegenleistung rückständig ist[4]). § 420.

2. Wenn die Leistung untheilbar ist, ist die Berechtigung im Zweifel eine gemeinschaftliche[5]). Der Schuldner kann nur an alle gemeinschaftlich leisten. Gefordert kann die Leistung nur entweder von allen gemeinschaftlich werden oder zwar von Jedem allein, aber nur an alle (§ 432 Abs. 1 S. 1). Jeder Gläubiger kann also, auch wenn die anderen die Leistung nicht fordern wollen, das gemeinschaftliche Recht geltend machen, indem er Leistung an alle fordert. Da sich jedoch auch in diesem Falle bei der Zurückhaltung Einzelner noch Schwierigkeiten bei der Zwangsvollstreckung ergeben können, ist jedem Gläubiger ferner das Recht gegeben, zu verlangen, daß der Schuldner eine geschuldete Sache hinterlegt oder, wenn sie sich nicht zur Hinterlegung eignet, an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer abliefert (§ 432 Abs. 1 S. 2)[6]). § 432.

Wenn der Schuldner die Leistung allen Gläubigern anbietet und einer von diesen in Annahmeverzug geräth, so befinden sich alle im Verzuge, da die

[1]) Wann eine Leistung theilbar oder untheilbar ist, bestimmt das Gesetz nicht. Untheilbar ist die Leistung, wenn eine Theilleistung ganz undenkbar oder werthlos ist (z. B. Lieferung eines Pferdes; Verpflichtung etwas zu unterlassen), theilbar, wenn eine Theilleistung einen verhältnißmäßigen Werth für den Gläubiger hat (in der Regel Lieferung von 100 Tonnen Roggen, Verpflichtung zur Geldzahlung). In wieweit Letzteres der Fall ist, hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab (vergl. § 752 und oben § 28 S. 123, ferner Eccius I § 67, Dernburg PP. II § 25, Dernburg BR. II § 161 1, Cosack I § 85, Planck Anm. 2 zu § 420, Schollmeyer Anm. 3 zu § 420, Oertmann Vorbemerkung 1 vor §§ 420 ff.).

[2]) Das ALR. bestimmte hinsichtlich der Schuldverhältnisse aus Verträgen, daß mehrere Verpflichtete als Gesammtschuldner haften (§ 424 I, 5), mehrere Berechtigte das gemeinschaftliche Recht nur gemeinschaftlich ausüben können (§ 450 I, 5).

[3]) Vergl. aber über die Berechtigung von Miterben § 2039.

[4]) A. und B. kaufen von C. 1000 Exemplare einer Textausgabe des BGB. zum Preise von 3000 Mk. Im Zweifel können A. und B. jeder 500 Exemplare fordern. Verlangt A. Lieferung von 500 Exemplaren gegen Zahlung von 1500 Mk., so kann C. die Lieferung bis zur Zahlung der ganzen 3000 Mk. verweigern, und zwar gleichgültig, ob A. und B. für den Kaufpreis als Gesammtschuldner oder nur zu gleichen Antheilen verpflichtet sind. Dies übersieht Dernburg II § 161 Anm. 7.

[5]) Aus der Untheilbarkeit der Leistung folgt, daß außer der gemeinschaftlichen Berechtigung nur noch eine Gesammtgläubiger-Berechtigung in Frage kommen kann. — Der Anspruch der Miteigenthümer gegen einen Dritten auf Herausgabe der gemeinschaftlichen Sache ist nach § 1011 ein gemeinschaftlicher

[6]) Zuständig für die Bestellung ist das Amtsgericht, in dessen Bezirke sich die Sache befindet (RFG. § 165).

Annahme durch alle gemeinschaftlich erfolgen muß[7]). Im übrigen wirkt eine Thatsache, die nur in der Person eines Gläubigers eintritt, nur in Bezug auf diesen, nicht für und gegen die übrigen Gläubiger (§ 432 Abs. 2). Daraus folgt, daß die Kündigung eines Gläubigers unwirksam ist, da in ihr eine Verfügung über die Forderung liegt, die nur allen gemeinschaftlich zusteht. Ebenso ist die Kündigung an einen Gläubiger ohne Wirkung. Verjährung des Anspruchs eines Gläubigers, Erlaß durch einen Gläubiger, ein rechtskräftiges Urtheil zu seinen Gunsten oder Ungunsten, Vereinigung von Forderung und Schuld in der Person eines Gläubigers u. s. w. berühren die Rechte der übrigen Gläubiger nicht[8]).

Das Verhältniß mehrerer gemeinschaftlich Berechtigter unter einander bestimmt sich nach den §§ 741 ff. Die Antheile sind im Zweifel gleiche (§ 742). Die gemeinschaftliche Berechtigung hört auf, wenn an Stelle der untheilbaren eine theilbare Leistung tritt (z. B. ein Schadensersatzanspruch). Dann tritt eine Theilung der Forderung nach der Vorschrift des § 420 ein[9]).

3. Eine Berechtigung Mehrerer als Gesammtgläubiger kennt das BGB. nur im Falle des § 2151 Abs. 3. Im übrigen tritt sie nur dann ein, wenn sie durch Rechtsgeschäft bestimmt ist.

Die Vorschriften über die Berechtigung bei einer Mehrheit von Gläubigern sind nur dispositive. Es kann rechtsgeschäftlich ein Anderes bestimmt werden, insbesondere, daß die Gläubiger einer theilbaren Leistung nur gemeinschaftlich oder als Gesammtgläubiger und daß die Gläubiger einer untheilbaren Leistung als Gesammtgläubiger berechtigt sein sollen.

II. Wenn Mehrere eine Leistung schulden, so ist

§ 420. 1. wenn die Leistung theilbar ist, jeder Schuldner im Zweifel nur zu einem gleichen[10]) Antheile verpflichtet (§ 420).

§ 431. 2. Wenn die Leistung untheilbar ist, haften mehrere Schuldner als Gesammtschuldner (§ 431) und zwar bleibt die gesammtschuldnerische Haftung auch dann bestehen, wenn an Stelle der untheilbaren eine theilbare Leistung tritt (z. B. Schadensersatz)[11]).

Der Satz zu a erleidet jedoch so erhebliche Ausnahmen, daß man auch bei theilbaren Leistungen die gesammtschuldnerische Haftung als die Regel bezeichnen kann.

§ 427. a) In erster Reihe haften Mehrere im Zweifel als Gesammtschuldner, wenn sie sich durch Vertrag gemeinschaftlich zu einer theilbaren Leistung verpflichten (§ 427)[12]).

Dies gilt auch dann, wenn Jemand einem Vertrag erst später beitritt,

---

[7]) Ebenso Schollmeyer Anm. 3 zu § 432, Dernburg II § 166 Anm. 4, Cosack I § 119 Anm. 14, A. M. Planck Anm. 3 zu § 432, Oertmann Anm. 3 zu § 432.

[8]) Wenn ein Gläubiger die Schuld erläßt, so ist dadurch der andere Gläubiger nicht behindert, die Leistung an alle zu fordern.

[9]) Die bezügliche ausdrückliche Vorschrift des E. I § 341 ist zwar in das Gesetz nicht aufgenommen worden. Abgelehnt ist aber von der zweiten Kommission der Eintritt der Theilbarkeit nur für den Fall, daß Mehrere eine untheilbare Leistung schulden, nicht aber für den Fall, daß Mehrere eine untheilbare Leistung zu fordern haben (Prot. I S. 444—445). Hier fällt mit der Untheilbarkeit der Leistung jeder Grund für die gemeinschaftliche Berechtigung fort. Ebenso Cosack I § 119 unter 2 a S. 382.

[10]) Ausnahmen siehe in den §§ 835 Abs. 3, 2148.

[11]) Vergl. Prot. I S. 445—446.

[12]) Sind Mehrere aus einem Vertrage berechtigt, so bleibt es bei der Vorschrift des § 420; sie sind im Zweifel zu gleichen Antheilen berechtigt. — Auf einseitige Versprechen kann die nur für den Vertrag gegebene Vorschrift des § 427 nicht ausgedehnt werden. A. M. Dernburg II § 161 II, Oertmann Anm. 1 zu 427.

weil auch hier eine durch Vertrag übernommene gemeinschaftliche Verpflichtung vorliegt[13]). Soll nach dem Inhalte des Vertrags eine gesammtschuldnerische Haftung nicht eintreten, so ist, falls nicht ein Anderes vereinbart ist, gemäß § 420 jeder zu einem gleichen Antheile verpflichtet.

b) Als Gesammtschuldner haften ferner Mehrere, welche für den aus einer unerlaubten Handlung entstehenden Schaden neben einander verpflichtet sind (§ 840 Abs. 1), sowie

c) Miterben für die gemeinschaftlichen Nachlaßverbindlichkeiten nach Maßgabe der §§ 2058 ff.

d) Auch in zahlreichen weiteren Fällen hat das BGB. die gesammtschuldnerische Haftung mehrerer Verpflichteter vorgeschrieben[14])[15]).

Fälle, in denen nach der Regel des § 420 eine getheilte Verpflichtung eintritt, sind insbesondere die Haftung Mehrerer aus einer Geschäftsführung ohne Auftrag und aus einer ungerechtfertigten Bereicherung[16]).

§ 126. Das Gesammtschuldverhältniß.

I. Das Gesammtschuldverhältniß[1]) ist ein Schuldverhältniß, an welchem Mehrere derart neben einander als Gläubiger oder Schuldner betheiligt sind, daß von mehreren Gläubigern jeder zur Forderung der ganzen Leistung berechtigt, von mehreren Schuldnern jeder zur Bewirkung der ganzen Leistung verpflichtet, die Leistung jedoch nur einmal zu bewirken ist (§§ 421, 428). Das BGB. unterscheidet nicht zwischen Solidar- und Korrealobligationen[2]), es kennt vielmehr nur eine Art der Gesammtschuldverhältnisse. Ebensowenig hat sich das BGB. grundsätzlich einer bestimmten Theorie — der Einheitstheorie (ein Schuld-

§§ 421, 428.

---

[13]) Das Gesetz erfordert auch nicht, daß die gemeinschaftliche Verpflichtung in einem Vertrag übernommen ist, sie kann auch durch verschiedene Verträge eingegangen sein. Planck Anm. zu § 427, A. M. Oertmann Anm. 1 zu § 427, Schollmeyer Anm. 2a zu § 427.

[14]) §§ 42 Abs. 2, 53, 54, 86, 89 Abs. 2, 769, 1108 Abs. 2, 1388, 1459, 1480, 1530, 1654, 1833, 1915, 2219.

[15]) A. und B. schreiben einen Preis aus für den innerhalb einer festgesetzten Frist einzureichenden besten Entwurf einer auf einem bestimmten Grundstücke zu erbauenden Villa. Als Preis sind 5000 Mk. und die Uebertragung der Bauausführung ausgesetzt. Die Architekten C. und D. erhalten den Preis für ihren gemeinschaftlichen Entwurf. Jedem von ihnen steht ein Anspruch auf 2500 Mk. zu (§ 420), den Anspruch auf Uebertragung der Bauausführung können sie nur gemeinschaftlich geltend machen (§ 432 Abs. 1). A. und B. sind jeder nur zur Zahlung von 2500 Mk. verpflichtet (§ 420); für die Uebertragung der Bauausführung haften sie als Gesammtschuldner (§ 431). Wenn die Uebertragung unmöglich wird, weil A. und B. den Bauplatz inzwischen verkauft haben, und für C. und D. hierdurch ein Schaden von 15000 Mk. entstanden ist, so haften A. und B. für diese 15000 Mk. als Gesammtschuldner (§ 431). C. und D. können jeder 7500 Mk. fordern (§ 420). — E. und F. kaufen von G. und H. ein Speichergrundstück zum Preise von 100000 Mk. und 10000 Kilo Kaffee zum Preise von 20000 Mk. Zur Uebergabe des Grundstücks und zur Eigenthumsverschaffung sind G. und H. als Gesammtschuldner verpflichtet (§ 431), ebenso in Ansehung des Kaffees (§ 427). Auch E. und F. haften für den Kaufpreis als Gesammtschuldner (§ 427). Berechtigt sind im Zweifel E. und F. bezüglich des Grundstücks gemeinschaftlich (§ 432), bezüglich des Kaffees je zur Hälfte (§ 420), ebenso G. und H. in Ansehung des Kaufpreises (§ 420).

[16]) Vergl. dagegen Strieth. Arch. Bd. 25 S. 97, Bd. 29 S. 263, wie hier ROHG. Bd. 24 S. 11 ff.

[1]) Die Einführung der die aktive und passive Gesammtobligation umfassenden Bezeichnung „Gesammtschuldverhältniß" empfiehlt sich, obwohl sie von der zweiten Kommission abgelehnt ist. (E. I § 321, Prot. I S. 433.)

[2]) Vergl. Windscheid Pandekten II § 292 ff., Dernburg Pandekten II § 71, Dernburg PP. II § 47, M. II S. 154 ff.

verhältniß mit einer Mehrheit von subjektiven Beziehungen) oder der Mehrheitstheorie (mehrfache, nur mit einander verbundene Schuldverhältnisse) — angeschlossen [3]).

II. Ein Gesammtschuldverhältniß entsteht entweder auf Grund gesetzlicher Vorschrift [4]) oder durch rechtsgeschäftliche Bestimmung [5]). Ausdrücke wie „alle für einen und einer für alle", „zu ungetheilter Hand", „solidarisch", „korreal" pflegen ein Gesammtschuldverhältniß zu bezeichnen [6]). Durch rechtskräftiges Urtheil kann ein Gesammtschuldverhältniß nicht begründet werden, da das Urtheil nicht konstitutiv wirkt [7]).

Die Entstehung eines Schuldverhältnisses wird nicht in allen Fällen dadurch gehindert, daß die Berechtigung des einen Gesammtgläubigers oder die Verpflichtung des einen Gesammtschuldners nichtig ist (z. B. auf Grund des § 104). Zwar findet auch hier die Vorschrift des § 139 Anwendung, doch wird in Rücksicht auf die Natur des Gesammtschuldverhältnisses, bei dem gerade jeder einzelne auf das Ganze berechtigt oder verpflichtet sein soll, in vielen Fällen anzunehmen sein, daß das Rechtsgeschäft auch ohne den nichtigen Theil vorgenommen sein würde. Der Wirksamkeit des Gesammtschuldverhältnisses steht auch nicht entgegen, daß der eine Gesammtgläubiger oder Gesammtschuldner schlechthin, der andere unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung oder jeder unter einer anderen Bedingung oder Zeitbestimmung berechtigt oder verpflichtet ist [8]).

III. In Ansehung der Wirkung und des Erlöschens des Gesammtschuldverhältnisses ist zwischen passiven und aktiven Gesammtschuldverhältnissen zu unterscheiden:

1. Das passive Gesammtschuldverhältniß.

a) Verhältniß der Gesammtschuldner zum Gläubiger.

§ 421. Der Gläubiger kann nach seinem Belieben die Leistung von jedem Gesammtschuldner ganz oder zu einem Theile fordern. Bis zur Bewirkung der ganzen Leistung bleiben sämmtliche Schuldner verpflichtet (§ 421), so daß der Gläubiger bis dahin die von ihm getroffene Wahl beliebig ändern kann (vergl. KO. § 68). Der Gläubiger kann also, wenn er einen Gesammtschuldner auf die ganze Leistung belangt hat, demnächst die ganze Leistung oder einen Theil von einem oder mehreren der anderen Gesammtschuldner fordern oder wenn er von einem Gesammtschuldner nur einen Theil verlangt hat, demnächst von ihm die ganze Leistung beanspruchen; er kann alle auf die ganze Leistung oder je auf beliebige Theile belangen [9]). Die Einrede der Theilung ist demnach ausgeschlossen.

[3]) Vergl. hierzu M. II S. 156, Stammler, das Recht der Schuldverhältnisse, S. 246 ff., Planck Vorbemerkung 1 vor §§ 420 ff., Schollmeyer Vorbemerkung 1 und 2 vor §§ 420 ff., Oertmann Vorbemerkung 4 vor §§ 420 ff.

[4]) Siehe z. B. S. 461 unter b—d.

[5]) Z. B. im Falle des § 427, der eine Auslegungsregel, nicht eine dispositive Vorschrift enthält. A. M. Stammler a. a. O. S. 254, Schollmeyer Anm. 2 zu § 420.

[6]) E. I § 321 Abs. 2.

[7]) Wird aus einem Gesammtschuldverhältnisse geklagt, so muß die klägerische Partei durch entsprechende Anträge darauf hinwirken, daß das Recht den mehreren Klägern als Gesammtgläubigern zugesprochen wird oder daß die mehreren Schuldner als Gesammtschuldner verurtheilt werden.

[8]) Vergl. E. I § 322.

[9]) Wenn Mehrere als Gesammtschuldner verurtheilt sind, so kann der Gläubiger das Urtheil bei allen gleichzeitig vollstrecken lassen. Erst die Bewirkung der Leistung durch einen Schuldner befreit die anderen. Auf die Pfändung bei einem können sich die Anderen nicht berufen. § 803 Abs. 1 S. 2 CPO. findet hier nicht Anwendung. Diese Vorschrift bezieht sich nur auf die Pfändung bei dem einzelnen Schuldner, bei dem die Zwangsvollstreckung vorgenommen wird.

§§ 422—424.

Der Natur des Gesammtschuldverhältnisses entspricht es, daß durch Erfüllung seitens eines Gesammtschuldners oder eines Dritten für ihn das Schuldverhältniß erlischt, daß also die Erfüllung durch einen auch für die übrigen wirkt (§ 422 Abs. 1 S. 1)[10]. Wird die Leistung nur theilweise bewirkt, so erlischt das Schuldverhältniß nur zu diesem Theile, während wegen des Restes alle Schuldner als Gesammtschuldner verhaftet bleiben. Aus der Wirkung der Erfüllung durch einen Gesammtschuldner für die übrigen folgt, daß der Verzug des Gläubigers gegenüber einem Gesammtschuldner gleichfalls für die übrigen Schuldner wirkt (§ 424). Der Erfüllung gleich stehen die Leistung an Erfüllungsstatt, die Hinterlegung und die Aufrechnung (§ 422 Abs. 1 S. 2). Soweit also der Gläubiger von einem Gesammtschuldner eine andere als die geschuldete Leistung an Erfüllungsstatt angenommen hat (§ 364) oder soweit ein Gesammtschuldner zur Hinterlegung berechtigt war und hinterlegt hat (§§ 372 ff., 378) oder soweit endlich eine Aufrechnung der Forderung eines Gesammtschuldners gegen die Forderung des Gläubigers stattgefunden hat (§ 389), werden hierdurch auch alle übrigen Schuldner von der Verbindlichkeit befreit.[11] Jeder Gesammtschuldner ist nur zur Aufrechnung der ihm selbst gegen den Gläubiger zustehenden Forderung, nicht aber zur Aufrechnung der Forderungen berechtigt, welche anderen Gesammtschuldnern zustehen (§ 422 Abs. 2). Ob eine Schuldübernahme (§§ 414 ff.) zu Gunsten aller Gesammtschuldner oder nur einzelner von ihnen wirkt, hängt von dem Willen der den Uebernahme-Vertrag Schließenden ab. Das Gleiche gilt von einem zwischen dem Gläubiger und einem Gesammtschuldner vereinbarten Erlasse (§ 423).

§ 425.

Auch andere Thatsachen, welche in der Person eines Gesammtschuldners eintreten, können nach dem Inhalte des einzelnen Gesammtschuldverhältnisses, insbesondere nach dem mit ihm angestrebten Zwecke, für und gegen alle Gesammtschuldner wirken[12]. Soweit sich aber für eine derartige Wirkung aus dem Schuldverhältnisse nichts ergiebt, wirken andere Thatsachen als Erfüllung, Erlaß und Verzug des Gläubigers (§§ 422 – 424) nur für und gegen den Gesammtschuldner, in dessen Person sie eintreten (§ 425 Abs. 1). Als Beispiele führt das Gesetz (§ 425 Abs. 2) an: Kündigung, Verzug, Verschulden, Unmöglichkeit der Leistung in der Person eines Gesammtschuldners, Verjährung, deren Unterbrechung und Hemmung, Vereinigung der Forderung mit der Schuld sowie das rechtskräftige Urtheil. Hiernach führt die Kündigung an einen Gesammtschuldner die Fälligkeit der Leistung hinsichtlich der anderen Schuldner nicht herbei und der Verzug des einen Gesammtschuldners setzt die übrigen nicht in Verzug. Die in der Person eines Gesammtschuldners eingetretene Unmöglichkeit der Leistung berührt die Verbindlichkeit der anderen nicht. Beruht die Unmöglichkeit auf einem Verschulden eines Gesammtschuldners, so haben die übrigen dieses Verhalten nicht zu vertreten. Daher werden sie allerdings dann von ihrer Verbindlichkeit befreit, wenn durch Verschulden eines Gesammtschuldners eine Unmöglichkeit für alle eintritt (§ 275), falls nicht vereinbart ist oder sich aus dem Zwecke des

---

[10]) Soweit der Erfüllende Ausgleichung verlangen kann, erlischt das Schuldverhältniß nicht, vielmehr geht die Forderung gegen die übrigen Schulden auf ihn über (§ 426 Abs. 2). Schollmeyer Anm. 1 a zu § 422.

[11]) Im Falle des § 379 Abs. 1, d. h. wenn bei der Hinterlegung durch einen Gesammtschuldner die Rücknahme der hinterlegten Sache nicht ausgeschlossen ist, können auch die anderen Schuldner den Gläubiger auf die hinterlegte Sache verweisen.

[12]) Prot. I S. 437—438.

Schuldverhältnisses ergiebt, daß alle Gesammtschuldner auch für das Verschulden jedes einzelnen haften sollen.[13]) Die Unterbrechung und Hemmung der Verjährung und demgemäß auch die eingetretene Verjährung gegen einen Gesammtschuldner unterbricht, hemmt oder bewirkt die Verjährung nicht gegen die übrigen.[14]) Die Verjährung kann danach gegen die verschiedenen Gesammtschuldner zu verschiedenen Zeiten ablaufen. Die Vereinigung von Forderung und Schuld in der Person eines Gesammtschuldners wirkt nicht wie eine Erfüllung, das Schuldverhältniß bleibt vielmehr gegenüber den übrigen Gesammtschuldnern bestehen[15]). Endlich wirkt auch das in einem Prozesse des Gläubigers mit einem Gesammtschuldner ergangene rechtskräftige Urtheil weder für noch gegen die übrigen; sie können sich auf das den Schuldner freisprechende Urtheil nicht berufen, das ihn verurtheilende steht ihnen nicht entgegen.[16]) Auf einen Vergleich finden, soweit er eine Erfüllung oder einen Erlaß enthält, die Vorschriften der §§ 422, 423 Anwendung.[17]) Im übrigen ist seine Wirkung eine nur subjektive.

b) Verhältniß der Gesammtschuldner unter einander.

§ 426. Im Verhältnisse zu einander sind die Gesammtschuldner, soweit nicht durch Gesetz (vergl. z. B. §§ 840 Abs. 2, 841, 1833 Abs. 2) oder Rechtsgeschäft etwas Anderes bestimmt ist, zu gleichen Antheilen verpflichtet (§ 426 Abs. 1 S. 1). Ist von einem Gesammtschuldner die Leistung ganz bewirkt oder ist sie theilweise bewirkt, ohne daß auch die übrigen zu einer entsprechenden Theilleistung herangezogen sind, so kann er Ausgleichung von den Mitschuldnern verlangen. Sein Anspruch ist also nicht davon abhängig, daß er mehr als seinen ganzen Antheil geleistet hat, vielmehr berechtigt jede Leistung zu einer selbständigen Ausgleichung.[18])

Kann von einem Gesammtschuldner der auf ihn bei der Ausgleichung entfallende Betrag nicht erlangt werden, so haben die übrigen zur Ausgleichung Verpflichteten den Ausfall zu tragen (§ 426 Abs. 1 S. 2), und zwar nach Maßgabe ihrer Betheiligung an der Verpflichtung. Wenn ein Gesammtschuldner den Gläubiger ganz oder theilweise befriedigt, so geht, soweit ein Ausgleichungsanspruch besteht, die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Schuldner kraft Gesetzes auf ihn über (§ 426 Abs. 2 S. 1). Danach gehen insbesondere

---

[13]) Prot. I S. 438. A. leiht B. und C. ein Pianino. B. verleiht dieses ohne Erlaubniß des A. und ohne Wissen und Willen des C. weiter an D., bei dem es bei einer Feuersbrunst verbrennt. Die Rückgabe des Pianino ist für B. und C. unmöglich und zwar in Folge eines Verschuldens des B. C., der dieses nicht zu vertreten hat, wird von der Verpflichtung zur Rückgabe frei (§ 275), nicht aber B. B. hat dem A. Schadensersatz zu leisten (§ 280). C. haftet für den Schaden nicht (§ 425), da besondere Umstände für eine derartige Ausdehnung der Haftung dem Leihvertrage nicht zu entnehmen sind.

[14]) Ebenso der jetzt aufgehobene Art. 80 Wechsel-O., HGB. Art. 148, anders § 440 I, 5, § 576 I, 9 ALR.

[15]) Siehe oben § 103 Anm. 5 S. 404.

[16]) Wenn mehrere Gesammtschuldner als Streitgenossen gemeinschaftlich verklagt werden, so liegt der Fall der nothwendigen Streitgenossenschaft nicht vor (CPO. §§ 59 ff., 62).

[17]) Vergl. hierzu Oertmann Anm. 5b zu § 423, Schollmeyer Anm. 3 zu § 423.

[18]) Ebenso Schollmeyer Anm. 3c zu § 426, Planck Anm. 1 zu § 426, Dernburg II § 163 Anm. 5, a. M. Oertmann Anm. 1 zu § 426. Wenn A. B. C. D. ein Darlehen von 1200 Mk. schulden, so sind sie unter einander jeder zu 300 Mk. verpflichtet. Wenn A. an den Gläubiger 600 Mk. bezahlt, so ist er in Ansehung dieser Rate nicht zu 300 Mk., sondern nur zu 150 Mk. verpflichtet; er hat daher einen Ersatzanspruch in Höhe von 450 (nicht 300) Mk. (Fischer-Henle Anm. 5 zu § 426).

etwaige Hypotheken, Pfandrechte und Rechte aus einer Bürgschaft auf den den Gläubiger befriedigenden Gesammtschuldner über (§§ 401, 412)[19].

Zum Nachtheile des Gläubigers kann der Uebergang der Forderung auf den Gesammtschuldner nicht geltend gemacht werden (§ 426 Abs. 2 S. 2). Beispielsweise braucht der Gläubiger ein Pfand an den ihn theilweise befriedigenden Gesammtschuldner nicht herauszugeben.

Dadurch daß einem Gesammtschuldner persönlich die Schuld vom Gläubiger erlassen wird, wird seine Verpflichtung zur Ausgleichung ebensowenig berührt, wie durch die Vereinigung von Forderung und Schuld in der Person eines Gesammtschuldners. Letzteren Falles können die übrigen Gesammtschuldner denjenigen Antheil von der Gesammtschuld abrechnen, welchen der, in dessen Person die Vereinigung eingetreten ist, ihnen zu ersetzen verpflichtet wäre.

2. Das aktive Gesammtschuldverhältniß.

a) Verhältniß der Gesammtgläubiger zum Schuldner.

§§ 428–429. Der Schuldner kann nach seinem Belieben an jeden der Gläubiger leisten und zwar auch dann noch, wenn bereits einer der Gläubiger Klage auf die Leistung erhoben hat (§ 428). Die Klage erledigt sich dann durch die Leistung an den anderen Gläubiger. Auch nach rechtskräftiger Verurtheilung zur Leistung an einen Gesammtgläubiger kann der Schuldner noch an einen anderen Gesammtgläubiger leisten und dies gemäß § 767 CPO. geltend machen. Ein bloßes Erfüllungs**versprechen** an **einen** schließt die Ansprüche der übrigen nicht aus. Daraus, daß der Schuldner zur Leistung an jeden Gesammtgläubiger befugt ist, folgt, daß durch den **Verzug eines** Gläubigers auch die übrigen in Verzug kommen (§ 429 Abs. 1) und daß durch die **Vereinigung von Forderung und Schuld** in der Person **eines** Gesammtgläubigers — anders wie beim passiven Gesammtschuldverhältnisse (§ 425 Abs. 2) — die Rechte der übrigen Gläubiger gegen den Schuldner erlöschen (§ 429 Abs. 2). Im übrigen finden die Vorschriften der §§ 422, 423, 425 auch auf das aktive Gesammtschuldverhältniß entsprechende Anwendung (§ 429 Abs. 3 S. 1). Durch die Erfüllung oder Leistung an Erfüllungsstatt an **einen** Gesammtgläubiger, die Hinterlegung **einem** gegenüber[20], die Aufrechnung einer dem Schuldner gegen **einen** Gesammtgläubiger zustehenden Forderung[21]) erlischt also das Gesammtschuldverhält-

[19]) Vergl. Cosack I § 120 unter 1e S. 386, Stammler, das Recht der Schuldverhältnisse S. 251, Planck Anm. 3 zu § 426. — A., B. und C. nehmen von D. ein Darlehen von 6000 Mk. auf, welches sie dergestalt theilen, daß jeder 2000 Mk. erhält. B. bestellt für dieses Darlehen dem D. ein Pfand, außerdem übernimmt E. für C. dem D. gegenüber die selbstschuldnerische Bürgschaft. Wenn A. dem D. die 6000 Mk. zurückzahlt, so kann er von B. und C. je 2000 Mk. erstattet verlangen (§ 426 Abs. 1 S. 1). Er kann sich auch wegen der ganzen 4000 Mk. an das von B. bestellte Pfand und wegen der ihm von C. zu erstattenden 2000 Mk. an E. halten (§ 426 Abs. 2 S. 1). Ist B. zahlungsunfähig, so kann A. von C. 3000 Mk. verlangen und sich wegen dieser auch an E. halten (§ 426 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 1). Hatten A., B. und C. bei Aufnahme des Darlehens vereinbart, daß nur A. und C. je 3000 Mk. erhalten und an D. zurückzahlen sollten, so steht dem A., wenn er die 6000 Mk. an D. zahlt, ein Ausgleichungsanspruch nur an C., nicht an B. zu.

[20]) Das Schuldverhältniß erlischt nur dann, wenn die Rücknahme der hinterlegten Sache ausgeschlossen ist (§§ 376 Abs. 2, 378). Ist dies nicht der Fall, so kann sich der Schuldner hier den übrigen Gläubigern gegenüber nicht auf die Hinterlegung berufen. Schollmeyer Anm. 1a zu § 429, Planck Anm. 1 zu § 429, Oertmann Anm. 2, α, β zu § 429, a. M. Dernburg II § 165 Anm. 3.

[21]) Der Schuldner kann die ihm gegen einen Gesammtgläubiger zustehende Forderung nur diesem, nicht den anderen Gesammtgläubigern gegenüber aufrechnen (§§ 429 Abs. 3, 422 Abs. 2).

niß auch gegenüber den übrigen. Dagegen steht die Uebertragung der Forderung seitens eines Gesammtgläubigers auf einen Dritten der Beitreibung der Leistung nicht gleich. Die Rechte der übrigen Gläubiger werden daher durch eine solche Uebertragung nicht berührt (§ 429 Abs. 3 S. 2). Kündigung, Verzug des Schuldners, Unmöglichkeit der Leistung, Verjährung, deren Hemmung und Unterbrechung sowie rechtskräftiges Urtheil wirken nur für und gegen den Gesammtgläubiger, in dessen Person sie eintreten. Ob ein zwischen einem Gesammtgläubiger und dem Schuldner vereinbarter Erlaß auch gegen die übrigen Gläubiger wirkt, hängt von dem Willen der den Erlaßvertrag Schließenden ab[22]).

b) Verhältniß der Gesammtgläubiger unter einander.

§ 430. Im Verhältnisse zu einander sind die Gesammtgläubiger, soweit nicht ein Anderes bestimmt ist, zu gleichen Antheilen berechtigt (§ 430). Soweit eine Ausgleichungspflicht besteht, dauert sie auch fort, wenn die Rechte der übrigen Gläubiger durch Vereinigung von Forderung und Schuld in der Person eines Gesammtgläubigers erloschen sind oder wenn ein Gesammtgläubiger mit Wirkung gegen alle die Schuld erlassen hat[23]).

---

[22]) Vergl. im übrigen oben S. 462 unter III.

[23]) Die Vorschriften des BGB. über das Gesammtschuldverhältniß gelten auch für das Gebiet des Handelsrechts.

Einzelne Schuldverhältnisse.

§ 127. Einleitung.

I. Das Recht der Schuldverhältnisse wird von dem Grundsatze der Vertragsfreiheit beherrscht. Parteien, die zu einander in rechtliche Beziehungen treten wollen, können diese nach ihrem Belieben ordnen, sofern sie sich nur innerhalb derjenigen Schranken halten, welche vom Gesetz im Interesse der öffentlichen Ordnung und der guten Sitten errichtet worden sind.[1]) Der Kreis der Schuldverhältnisse ist daher — anders wie der der dinglichen Rechte, — kein geschlossener. Das Gesetz kann somit nicht alle Verträge, die etwa denkbar sind, seiner Regelung unterwerfen, sondern muß sich darauf beschränken, Normen für diejenigen Schuldverhältnisse aufzustellen, welche im Verkehre die häufigsten sind und aus diesem Grunde einer Regelung bedürfen.[2]) Sollten Parteien durch Vereinbarung ihre Rechtsverhältnisse derartig geordnet haben, daß der von ihnen geschlossene Vertrag nicht als eines derjenigen Schuldverhältnisse charakterisiert werden kann, für welche das Gesetz besondere Bestimmungen enthält, so ist die im Gesetze fehlende Norm durch dessen allgemeine Vorschriften und durch die analoge Anwendung verwandter Vorschriften zu ergänzen.[3])

II. Das BGB. hat diejenigen einzelnen Schuldverhältnisse, welche es behandelt, nicht in Gruppen zusammengefaßt, stellt sie vielmehr sämmtlich koordiniert nebeneinander.[4]) Auch für eine systematische Darstellung des BGB. empfiehlt

---

[1]) Vgl. M. II S. 2.

[2]) Im BGB. ist dies dadurch zum Ausdrucke gebracht, daß der siebente Abschnitt des zweiten Buches „Einzelne Schuldverhältnisse", nicht „die einzelnen Schuldverhältnisse", überschrieben ist.

[3]) Vgl. Oertmann, Vorbem. S. 2, 3. Endemann I § 156.

[4]) Der erste Entwurf theilte die Schuldverhältnisse in solche aus Rechtsgeschäften unter Lebenden, aus unerlaubten Handlungen und aus anderen Gründen ein. Vergl. M. II S. 1. Welches Prinzip für die Anordnung im BGB. maßgebend gewesen ist, ist nicht deutlich erkennbar. Auf den Entstehungsgrund ist kein Gewicht gelegt, vielfach scheint eine gewisse innere Verwandtschaft bestimmend gewesen zu sein. Vgl. Endemann I § 156 Anm. 4, Rehbein S. XII, XIII. Dernburg II § 167 Anm. 2.

es sich, bei der Behandlung der Schuldverhältnisse die vom Gesetze gegebene Reihenfolge zu beobachten. Die Versuche, die gemacht worden sind, die einzelnen Schuldverhältnisse nach einem bestimmten System in Gruppen zusammenzufassen,[5]) sind insofern fehlgeschlagen, als es bisher nicht gelungen ist, ein allgemein anerkanntes System aufzustellen. Vielmehr hat Jeder sein eigenes System. Andererseits ist es aber für das richtige Verständniß der Vorschriften des BGB. von großem Werthe, wenn die einzelnen Bestimmungen in demjenigen gegenseitigen Verhältniß erfaßt werden, in welches das Gesetz sie zu einander gebracht hat.[6]) Die Zusammenfassung einzelner Schuldverhältnisse in Gruppen birgt auch die Gefahr in sich, daß man dadurch leicht verleitet wird, zwischen einzelnen Schuldverhältnissen eine innere Verwandtschaft anzunehmen und für sie allgemeine Grundsätze aufzustellen, während das Gesetz durch seine Anordnung die Selbständigkeit der einzelnen Schuldverhältnisse scharf zum Ausdrucke bringt.[7]) — In der nachfolgenden Darstellung sind aus diesen Gründen die einzelnen Schuldverhältnisse schlechthin nach der Legalordnung behandelt; es sind nur an den geeigneten Stellen einzelne Schuldverhältnisse eingefügt, die im BGB. eine besondere Regelung nicht erfahren haben, deren Besprechung aber nothwendig erscheint.

Zehnter Titel.

Kauf.

§ 128. Begriff und Erfordernisse.

§ 433 Abs. 1.

I. Wie das BGB. sich im Allgemeinen der Aufstellung formeller Definitionen enthält, so giebt es auch keine Begriffsbestimmung des Kaufvertrags. Aus den Vorschriften des grundlegenden § 433, welcher die wesentlichen Verpflichtungen des Verkäufers und des Käufers enthält, ergiebt sich zunächst, daß durch den Kaufvertrag die Parteien gegenseitig Verpflichtungen übernehmen. Der Kaufvertrag ist somit ein gegenseitiger obligatorischer Vertrag[1]). — Als

---

[5]) Vgl. Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, S. 6.

[6]) Vgl. Dernburg II § 5 unter 4.

[7]) Das ALR. hatte vielfach gewisse Kategorien von Verträgen (Verträge über Handlungen, gewagte Geschäfte) aufgestellt und für sie allgemeine Vorschriften gegeben. Das BGB. kennt keine solche Kategorien. So sind z. B. der Dienstvertrag und der Werkvertrag selbständige koordinierte Verträge. Für den einen sind — außer den allgemeinen Grundsätzen — die Vorschriften des sechsten Titels, für den anderen die des siebenten Titels maßgebend. Die unmittelbare Anwendung der für den einen Vertrag geltenden Bestimmungen auf den anderen, etwa aus dem Gesichtspunkte, daß beide Verträge Arbeitsverträge sind, erscheint unzulässig. Nur soweit überhaupt eine analoge Anwendung von Gesetzesbestimmungen zulässig ist, kann sie auch hier erfolgen. Vgl. Planck, Vorbem. III, 2 zum 6. Titel (Dienstvertrag) und Vorbem. II, 1 zum 7. Titel (Werkvertrag). Es erscheint daher auch nicht dem Geiste des BGB. zu entsprechen, wenn Endemann (I § 172) eine Kategorie „Arbeitverträge" aufstellt und unter sie den Dienstvertrag, den Werkvertrag, den Mäklervertrag u. s. w. subsumiert.

[1]) Manche Schriftsteller (vergl. Endemann I § 163 Anm. 8, Dernburg II § 167 unter III) wollen einen vom obligatorischen Kaufvertrage begrifflich verschiedenen Realkauf (sog. Handkauf) unterscheiden, der sich, ohne daß obligatorische Verpflichtungen eingegangen sind, in dem unmittelbaren Austausche von Waare gegen Geld vollzieht. Die praktische Konsequenz dieser Konstruktion soll die sein, daß rücksichtlich der Zahlung des Kaufpreises

Gegenstand des Kaufvertrags sind im § 433 Sachen und Rechte erwähnt. Das Gesetz sagt aber nicht, daß nur Sachen und Rechte Gegenstand eines Kaufvertrags sein können, es schreibt vielmehr im § 433 nur vor, welche Verpflichtungen dem Verkäufer einer Sache und dem Verkäufer eines Rechtes obliegen. Aus dem Umstande, daß die Verpflichtungen des Verkäufers eines anderen Objekts im Gesetze nicht besonders geregelt sind, darf nicht geschlossen werden, daß etwas Anderes nicht Gegenstand eines Kaufvertrags sein kann. Vielmehr muß angenommen werden, daß alles das verkauft werden kann, was einen objektiven Vermögenswerth hat und der Uebertragung auf einen Anderen fähig ist, wenn es auch nicht eine körperliche Sache oder ein subjektives Recht ist[2]). — Endlich gehört zum Begriffe des Kaufvertrags die Verpflichtung des Käufers zur Zahlung des in Geld festgesetzten Kaufpreises. Faßt man diese einzelnen Momente zusammen, so läßt sich der Kaufvertrag definieren als der gegenseitige obligatorische Vertrag, der die Uebertragung eines einen Vermögenswerth besitzenden wirthschaftlichen Gutes gegen einen in Geld festgesetzten Kaufpreis zum Gegenstande hat[3]).

II. Hinsichtlich des Abschlusses des Kaufvertrags gelten die allgemeinen für alle Verträge maßgebenden Bestimmungen[4]). Zum Wesen eines

---

die Beweislast nicht den Käufer, sondern den Verkäufer trifft. Ob eine solche Unterscheidung theoretisch zu rechtfertigen ist, kann dahingestellt bleiben, das BGB. erkennt sie jedenfalls nicht an. Auch wenn, ohne daß besondere Abreden vorhergegangen sind, ein unmittelbares Geben und Nehmen von Sache und Geld stattfindet (z. B. bei der Entnahme von Sachen aus einem Automaten, bei gewissen Käufen im Marktverkehre, beim Kaufe von Postwerthzeichen, Fahrkarten u. s. w.), geschieht dies dennoch zur Erfüllung eines gleichzeitig, wenn auch stillschweigend, geschlossenen obligatorischen Kaufvertrags (vergl. M. II S. 318). Was die Beweislast für die Zahlung des Kaufpreises anbetrifft, so liegt diese an sich auch in diesen Fällen dem Käufer ob, jedoch steht ihm nach dem Grundsatze der freien Beweiswürdigung der Umstand, daß bei den in Rede stehenden Käufen die Kreditierung des Kaufpreises etwas Ungewöhnliches ist, zur Seite. Vergl. Oertmann S. 153 unter a und über die Bedeutung der Erfahrungssätze für die Beweislast: Staub S. 25 ff.

[2]) So kann insbesondere Gegenstand eines Kaufes irgend eine Erfindung sein, wenn sie auch nicht geschützt ist, z. B. ein Rezept zur Herstellung eines Getränkes, ferner kann verkauft werden die Kundschaft eines Kaufmanns, die Praxis eines Arztes, eine Zeitung (vgl. RG. Bd. 37 S. 176) u. s. w. Vergl. Prot. II S. 51 ff., Endemann I § 163 unter 3, Cosack I S. 389, Oertmann S. 154 unter b, ferner RG. Bd. 17 S. 269 (Vertrag über Lieferung von elektrischem Strome). Ueber den Kauf eines Handelsgeschäfts vergl. § 22 HGB., S. Goldmann Anm. I 1a zu § 22.

[3]) Enger ist der Begriff des Handelskaufs, von welchem die §§ 373 ff. HGB. handeln. Er hat nur Waaren im Sinne des HGB. und Werthpapiere (§ 381 Abs. 1 HGB.) zum Gegenstande. Vergl. Staub Exkurs vor § 373 Anm. 2. und RG. Bd. 26 S. 43. Der Kauf eines Grundstücks kann zwar ein Handelsgeschäft, aber kein Handelskauf sein. — Ueber die Abgrenzung des Kaufes gegen den Werkvertrag s. § 651 BGB. und § 381 Abs. 2 HGB.

[4]) Ueber die Rechtsverhältnisse, welche Platz greifen, wenn Waaren unbestellt zugesandt werden, vergl. insbesondere Aßmann, die unbestellten Zusendungen (Berlin, Franz Vahlen, 1901). Folgende Grundsätze sind als die leitenden zu erachten: In der Uebersendung unbestellter Waare liegt in der Regel ein Doppeltes, nämlich der Antrag zum Abschluß eines Kaufvertrags und zugleich die suspensiv bedingte (vom Zustandekommen des Kaufes abhängige) Willenserklärung, das Eigenthum an der Waare auf den Empfänger übertragen zu wollen (§ 929). Zum Zustandekommen des Kaufes ist die Annahme seitens des Empfängers erforderlich. Jedoch wird hier sehr häufig der Fall des § 151 vorliegen, so daß es nicht erforderlich ist, daß die Annahmeerklärung oder die Annahmehandlung (z. B. das Gebrauchen, das Verkaufen der Waare) zur Kenntniß des Absenders gelangt (Vergl. oben § 46 Anm. 23 S. 187). Kommt ein Kauf nicht zu Stande, so ist der Empfänger nicht für befugt zu erachten, die einmal in Empfang genommene Sache schlechthin preiszugeben. Wenn ihn auch eine Verpflichtung zur besondern Fürsorge für die Sache nicht trifft, so ist er doch für Vorsatz und grobes Verschulden haftbar, etwa gleich einem Finder,

jeden Vertrags, also auch des Kaufes, gehört es insbesondere, daß die Personen der Kontrahenten bestimmt sind[5]). Jedoch ist diesem Erforderniß auch dann genügt, wenn die Person des Verkäufers oder des Käufers erst durch ein zukünftiges Ereigniß bestimmt werden soll[6]).

§§ 456—458. Gewissen Personen ist in bestimmten Fällen nach Maßgabe der §§ 456—458 die Theilnahme an einem Kaufe verboten. Aus der Vorschrift des § 181 folgt, daß derjenige, der fremde Güter verwaltet, von diesen oder ihren Nutzungen ohne Bewilligung des Eigenthümers nichts käuflich an sich bringen darf[7]). Ein solcher Kauf unterliegt in Gemäßheit dieser Vorschrift der absoluten Nichtigkeit.

1. Die Verkäufe, bei denen das Verbot der §§ 456, 457 Platz greift, sind:

a) Verkäufe im Wege der Zwangsvollstreckung, mag es sich um bewegliche Sachen (§ 814 CPO.), Rechte (§§ 844, 857 Abs. 5 CPO.) oder Grundstücke (§ 866 CPO.)[8]) handeln. Ob der Verkauf durch Versteigerung (§ 816 CPO.) oder aus freier Hand (§§ 820, 821 CPO.) erfolgt, ist gleichgültig[9]).

b) Verkäufe, die im Auftrage Jemandes vorgenommen werden, den das Gesetz ermächtigt, einen Gegenstand für Rechnung eines Anderen verkaufen zu lassen. Das Gesetz hebt als Beispiele den Pfandverkauf (§ 1228 ff.) sowie den Verkauf der nicht hinterlegungsfähigen geschuldeten Sache beim Verzuge des Gläubigers (§§ 383, 385) hervor; zu erwähnen sind ferner die Fälle der §§ 753, 966 Abs. 2, 979, 983 und zahlreiche Fälle des HGB., z. B §§ 371, 373 (der Selbsthülfeverkauf des Verkäufers), 379 Abs. 2 u. s. w.

c) Verkäufe im Auftrage des Konkursverwalters (§§ 117, 126 KO.).

2. Durch das Verbot betroffen wird zunächst derjenige, der mit der Vornahme oder Leitung des Verkaufs beauftragt ist, also insbesondere der Richter, der Gerichtsvollzieher, die mit der Vornahme der Versteigerung nach § 825

---

der eine verlorene Sache findet und an sich nimmt (§ 965). Andererseits braucht er aber auch diese Pflichten nicht auf sich zu nehmen, er braucht eine Sache, die ihm ohne seinen Willen in seine Räume gesandt worden ist, nicht „an sich" zu nehmen, er kann sie bei Seite legen, er braucht sich einfach um sie nicht zu kümmern. Er würde in einem solchen Falle nur wegen einer unerlaubten Handlung oder aus der ungerechtfertigten Bereicherung haftbar sein. — Der Empfänger der Sache ist ferner jederzeit berechtigt, ihre Entfernung aus seinen Räumen vom Absender zu verlangen. Kommt dieser dem Verlangen nicht nach, so treffen ihn die Folgen des Gläubigerverzugs. Verlangt der Absender vom Empfänger die Herausgabe der Sache und verweigert der Empfänger diese grundlos, so kommt er seinerseits in Schuldnerverzug.

5) Vergl. Ob. Tr. Bd. 4 S. 193.

6) Z. B. wenn Jemand, der mehrere Personen vertritt, sich beim Abschlusse des Kaufes vorbehält, diejenige Person zu bezeichnen, für die der Vertrag geschlossen sein soll. Vergl. insbesondere RG. Bd. 38 S. 185 ff. (fester Abschluß eines Kaufvertrags mit Vorbehalt der Aufgabe des Gegenkontrahenten). Vergl. ferner Endemann I § 157 Anm. 4, Eccius II § 124, ROHG. Bd. 10 S. 200.

7) Die Vorschriften des ALR. § 20 I 11 und des C. c. Art. 1596 sind durch die Bestimmung des § 181 gedeckt.

8) Daß das Verbot des § 456 für die Zwangsversteigerung eines Grundstücks praktisch kaum von Bedeutung ist, wie Planck Anm. 2 zu § 456 annimmt, dürfte wohl nicht zutreffen. Man denke z. B. an den Fall, daß der Gerichtsschreiber das Grundstück durch einen Bevollmächtigten, der im eigenen Namen bietet, ersteht. Daß auch ein solcher Kauf unter § 456 fällt, darüber s. unten Anm. 11 und Anm. 12.

9) Auf freiwillige Versteigerungen finden die §§ 456—458 keine Anwendung. Es kommen das Verbot des § 181 und etwaige Sondervorschriften zur Anwendung. Die Versteigerung zum Zwecke der Aufhebung einer Gemeinschaft (§ 753 BGB., §§ 180 ff. ZVG.) gehört zu den unter b erwähnten Fällen.

CPO. beauftragte Person, im Falle von 1 c derjenige, den der Konkursverwalter mit der Vornahme der Leitung des Verkaufs beauftragt hat[10]); ferner richtet sich das Verbot gegen die Gehülfen, welche der den Verkauf Vornehmende oder Leitende zuzieht, insbesondere den Protokollführer.

3. Allen diesen Personen ist es verboten, den zum Verkaufe gestellten Gegenstand für sich oder als Vertreter eines Anderen zu kaufen. Im ersteren Falle macht es keinen Unterschied, ob sie persönlich oder durch einen Anderen kaufen, und ob der Andere, durch den sie kaufen, als ihr Vertreter auftritt oder im eigenen Namen, jedoch für ihre Rechnung handelt[11]).

4. Die Wirkung des Verbots ist nicht die Nichtigkeit des Geschäfts (vergl. §§ 134, 181), vielmehr ist die Wirksamkeit sowohl des obligatorischen Vertrags als der zu seiner Erfüllung vorgenommenen dinglichen Uebertragung des Kaufgegenstandes von der Zustimmung aller bei dem Verkaufe betheiligten Personen, des Schuldners, des Gläubigers, des Eigenthümers, abhängig. Haben die Betheiligten ihre Einwilligung (vorherige Zustimmung, § 183) zu dem Verkauf erklärt, so ist er sofort wirksam. Fehlt es an der Einwilligung, so hängt die Wirksamkeit von der nachträglichen Zustimmung, der Genehmigung, ab. Der Käufer[12]) kann, um sich über die Wirksamkeit des Geschäfts Klarheit zu verschaffen, die Betheiligten zur Erklärung über die Genehmigung auffordern. Die Aufforderung ist an jeden der Betheiligten zu richten. Sie hat die Wirkung, daß eine vorher hinsichtlich der Genehmigung einem Anderen als dem Käufer gegenüber abgegebene Erklärung unwirksam wird[13]). Die Erklärung des Aufgeforderten kann nur dem Käufer gegenüber erfolgen, die Genehmigung muß binnen zwei Wochen erklärt werden, widrigenfalls sie als verweigert gilt (§ 177 Abs. 2). Der Käufer seinerseits ist, bis die Verweigerung der Genehmigung feststeht, gebunden, er kann das Geschäft nicht widerrufen (vergl. im Gegensatze hierzu § 178).

Kommt es in Folge der Verweigerung der Genehmigung zu einem neuen Verkaufe, so hat der frühere Käufer für die Kosten des neuen Verkaufs sowie für einen etwaigen Mindererlös zu haften. Außerdem besteht eine Verpflichtung

---

[10]) Da die §§ 456, 457 immer einen Auftrag zum Verkaufe voraussetzen, so kommt das Verbot des § 456 auf Verkäufe, die der Konkursverwalter selbst vornimmt, nicht zur Anwendung. Wenn der Konkursverwalter einen zur Konkursmasse gehörigen Gegenstand an sich selbst verkauft, so ist das Geschäft in Gemäßheit des § 181 absolut nichtig; vergl. Planck Anm. 2 zu § 457. A. M. Dernburg II § 172 Anm. 17. Ebenso wenig trifft das Verbot des § 456 freihändige Verkäufe im Auftrage des Konkursverwalters.

[11]) Daß auch die mittelbare Stellvertretung durch das Verbot des § 456 betroffen wird, ist nach dem Wortlaute des Gesetzes nicht zweifelhaft. Das Gesetz sagt: „Durch einen Anderen", nicht „durch einen Vertreter". Vergl. Prot. II S. 77. Auch wenn z. B. bei der Zwangsversteigerung eines Grundstücks der Protokollführer A. mit B. vereinbart, dieser solle das Grundstück in seinem Namen, jedoch für Beide, des A. und des B., Rechnung erstehen, greift das Verbot des § 456 Platz.

[12]) Wer ist als Käufer in dem Falle anzusehen, daß eine nach § 456 ausgeschlossene Person für sich durch einen mittelbaren Stellvertreter oder als Vertreter eines Anderen gekauft hat? Dies ist sowohl für § 458 Abs. 1 als insbesondere für die Frage, wen die Verpflichtung des § 458 Abs. 2 trifft, von Wichtigkeit. — Planck (Anm. 1 zu § 458) nimmt an, Käufer sei immer die Person, gegen die sich das Verbot des § 456 richtet („derjenige, welcher den verbotenen Kauf für sich persönlich oder durch einen Anderen oder als Vertreter eines Anderen geschlossen hat"). Dieser Ansicht kann nicht beigepflichtet werden. Nach der Terminologie des BGB. ist Käufer derjenige, der die Rechte des § 433 Abs. 1 und die Pflichten des § 433 Abs. 2 hat. Dies ist, wenn eine Person des § 456 durch Jemanden kauft, der im eigenen Namen gehandelt hat, dieser, und wenn sie als Vertreter eines Anderen kauft, der Vertretene. Vergl. Cosack I S. 393.

[13]) Vgl. oben § 55 unter 2 und § 36 unter 3a (S. 142).

zum Schadensersatz auf Grund des § 823 Abs. 2, z. B. wenn der Gegenstand inzwischen entwerthet worden ist[14]).

§ 433 Abs. 2. III. 1. Aus der Vorschrift des § 433 Abs. 2 ergiebt sich, daß zum Wesen des Kaufvertrags die Vereinbarung eines Kaufpreises gehört. Der Kaufpreis muß in Geld bestehen[15]), jedoch ist es, wie sich insbesondere aus § 473 (vergl. auch § 507) ergiebt, zulässig, daß neben dem in Geld festgesetzten Kaufpreis[16]) andere Leistungen bedungen werden. — Ob Käufer außer dem vereinbarten Kaufpreise noch Nebenleistungen zu machen hat (Weinkaufs-, Schlüssel-, Trinkgeld), hängt von der ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung und der Verkehrssitte (§ 242) ab.

2. Es muß ein Kaufpreis vereinbart sein. Dieses Erforderniß ist nicht dahin aufzufassen, daß der Kaufpreis beim Abschlusse des Vertrags bestimmt werden muß, vielmehr bedeutet dieses Erforderniß nur, daß der übereinstimmende Wille der Parteien dahin gehen muß, daß für den von der einen Partei zu leistenden Gegenstand eine Gegenleistung in Geld zu bewirken ist. Dieser Wille der Parteien kann sich auch aus den Umständen ergeben[17]).

§ 453. 3. Ist der Kaufpreis nicht bestimmt, so greifen die Vorschriften der §§ 315 ff. Platz.[18]) Ist als Kaufpreis der Marktpreis bestimmt, so gilt im Zweifel der-

[14]) Das Verbot des § 456 stellt sich als ein Gesetz dar, welches den Schutz der im § 458 bezeichneten Betheiligten bezweckt. Ein Verstoß gegen dieses Verbot ist auch ohne Verschulden möglich, die Schadensersatzpflicht tritt aber nur beim Vorliegen eines Verschuldens ein (§ 823 Abs. 2).

[15]) Dies war im § 460 E. I besonders ausgesprochen, die Bestimmung ist als selbstverständlich gestrichen worden. Prot. II S. 56.

[16]) Der in Geld festgesetzte Kaufpreis muß jedoch die Hauptleistung sein. Dies ergiebt die Fassung des § 473 („neben dem in Geld festgesetzten Kaufpreise"). Ob dies der Fall ist, und was für ein Vertrag vorliegt, wenn es nicht der Fall ist, ist quaestio facti. Die Frage ist jedoch von keiner erheblichen Bedeutung, da für den Tausch dieselben Grundsätze gelten, wie für den Kauf (§ 515).

[17]) Es versteht sich von selbst, daß ein Kaufpreis nicht blos zum Schein festgesetzt sein darf. Ist dies der Fall, so liegt kein Kauf vor. Ist der Kaufpreis zum Schein anders beurkundet als wirklich vereinbart, so gilt der wirklich vereinbarte, vorausgesetzt, daß für die Vereinbarung die erforderliche Form gewahrt ist. Ist z. B. in einem notariellen Grundstückskaufvertrage der Kaufpreis niedriger angegeben, als er in Wirklichkeit mündlich vereinbart ist, so ist der Vertrag nichtig, denn der beurkundete Kaufpreis ist nicht maßgebend, weil er simuliert ist, (§ 117), der mündliche nicht, weil die Form nicht gewahrt ist (§§ 313 Satz 1, 125). Sind Auflassung und Eintragung erfolgt, so gilt der mündlich vereinbarte wahre Kaufpreis (§ 313 Satz 2).

[18]) Es ist darauf aufmerksam zu machen, daß § 316 auch dann nicht zur Anwendung kommt, wenn ein Kaufpreis als stillschweigend vereinbart anzusehen ist. Wenn z. B. Jemand sich aus einer Fabrik, aus einem Laden Waaren schicken läßt, so sind die Preise, welche in jener Fabrik, in jenem Laden für diese Waaren üblich sind, als stillschweigend vereinbart anzusehen. Der § 316 greift daher nicht Platz; (vergl. oben § 95 Anm. 12 und § 7 Anm. 13). — Nach § 316 steht bei Unbestimmtheit des Kaufpreises die Bestimmung dem Verkäufer zu. Diese Bestimmung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, an die der Bestimmende — abgesehen von der Anfechtung wegen Willensmängel — seinerseits gebunden ist (§ 315 Abs. 2). Hieraus folgt, daß der Verkäufer den von ihm nach § 316 bestimmten Preis nicht mehr erhöhen kann, selbst wenn sich im Prozeß ergeben sollte, daß der angemessene Preis ein höherer ist. Vergl. ROHG. Bd. 11 S. 247, Cosack I S. 391. Was die Beweislast anbetrifft, so ergiebt sich aus § 316, daß der Verkäufer, der das Recht für sich in Anspruch nimmt, den Kaufpreis nach seinem billigen Ermessen zu bestimmen, beweisen muß, daß der Kaufpreis von den Parteien nicht bestimmt worden ist. Auch zur Substantiirung der Klage gehört diese Behauptung. Eine Klage auf Zahlung des „angemessenen" Kaufpreises muß also korrekt etwa wie folgt lauten: ein bestimmter Kaufpreis ist nicht vereinbart worden, ich habe daher den Kaufpreis auf x Mark bestimmt, diese Bestimmung entspricht der Billigkeit. — Vergl. Neumann Anm. II, 1 zu § 433; Anm. 2 zu § 315. A. M. Dernburg II § 170 Anm. 13. — Für den Fall, daß ein bestimmter Kaufpreis nicht vereinbart

jenige Marktpreis als vereinbart, der für den Erfüllungsort zur Erfüllungszeit maßgebend ist (§ 453). Die Bestimmung des Marktpreises (Börsenpreises) als Kaufpreis kann auch stillschweigend geschehen und wird insbesondere dann als gewollt anzunehmen sein, wenn markt- oder börsengängige Waare ohne Vereinbarung eines bestimmten Kaufpreises gehandelt wird. Unter der Erfüllungszeit und dem Erfüllungsorte (des § 453) ist die Zeit, in welcher und der Ort, an welchem der Verkäufer zu erfüllen hat, zu verstehen.[19])

4. Eine Anfechtung des Kaufes wegen Verletzung über die Hälfte (laesio enormis) findet nach dem BGB. nicht statt. Uebermäßiger Unbilligkeit tritt insbesondere die Vorschrift des § 138 Abs. 2 entgegen.

IV. Der Grundsatz der Formfreiheit gilt auch für den Kaufvertrag. Ausgenommen sind der über ein Grundstück und der über das gegenwärtige Vermögen oder einen Bruchtheil des gegenwärtigen Vermögens geschlossene Vertrag. Diese beiden Verträge bedürfen der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung (§§ 313, 311; ebenso der Erbschaftskauf §§ 2371, 2033, vergl. ferner § 312 Abs. 2).

§ 129. Gegenstand des Kaufes.

1. Der vornehmlichste Gegenstand des Kaufvertrags sind Sachen,[1]) mögen sie individuell oder nur der Gattung nach bestimmt sein. In letzterem Falle kommt die Vorschrift des § 243 zur Anwendung. Ist ein Inbegriff (eine universitas facti, z. B. eine Bibliothek, ein Waarenlager, oder eine universitas juris, z. B. ein Vermögen) Gegenstand eines Kaufvertrags, so ist es Sache der Auslegung, welche einzelnen Sachen und Rechte als zu dem Inbegriffe gehörig verkauft sind.

2. Auch Sachen, die zur Zeit des Vertragsabschlusses noch nicht vorhanden sind, sondern erst künftig entstehen sollen, können verkauft werden. Jedoch ist für die Wirksamkeit des Vertrags Voraussetzung, daß die Sache als eine zukünftige verkauft und gekauft wird, d. h. daß die Parteien davon ausgehen, daß sie existent werden soll. Anders liegt der Fall, wenn die Parteien die Sache, die den Gegenstand des Kaufes bildet, als eine vorhandene behandeln, während sie in Wirklichkeit nicht vorhanden ist, sei es, daß sie noch nicht oder nicht mehr existiert[2]). In diesem Falle ist der Vertrag auf eine unmögliche Leistung gerichtet und es kommen die Grundsätze der §§ 306—308 zur Anwendung[3]). War nur ein Theil der verkauften Sache zur Zeit des Kaufabschlusses nicht vorhanden, so greift die Regel des § 139 Platz[4]).

---

ist, ist zunächst zu untersuchen, ob nicht die Vereinbarung noch vorbehalten ist, z. B. wenn es sich um Antiquitäten, Gemälde und ähnliche Gegenstände handelt, bei denen in der Regel ein Kauf ohne Vereinbarung eines bestimmten Kaufpreises nicht abgeschlossen wird. Liegt ein solcher Fall vor, so ist der Kauf vor Vereinbarung des Kaufpreises nicht perfekt (vergl. § 154). Ist dagegen ein fester Kauf anzunehmen, so kommen auch hier die §§ 316, 315 zur Anwendung (a. M. Endemann I § 185 Anm.).

[19]) Vergl. § 461 E. I, § 244 Abs. 2. Ueber den Begriff des Marktpreises vergl. Prot. II S. 57, Staub Exkurs vor § 373 Anm. 19—22.

[1]) Ueber den Verkauf von Sachen und Rechten eines Dritten vergl. oben § 91 unter III, 2 (S. 355).

[2]) Vergl. Str. Archiv Bd. 98 S. 242, ROHG. Bd. 18 S. 270, RG. Bd. 6 S. 290.

[3]) Vergl. Cosack I S. 389 unter 2a, Endemann I S. 712, Leske S. 182.

[4]) Es wird also hiernach in vielen Fällen auf die Größe und die Wichtigkeit des nicht existierenden Theiles im Verhältnisse zum Ganzen ankommen, im Gegensatze zum ALR. (§ 42 I 11), welches hierauf kein Gewicht legte. Vergl. Rehbein Entsch. II S. 80, Eccius II § 124 Anm. 68. — Auch wenn von mehreren Sachen, die zusammen als ein Gegenstand verkauft worden sind, eine zur Zeit des Kaufes nicht vorhanden ist, entscheidet die Regel des § 139.

zum Schadensersatz auf Grund des § 823 Abs. 2, z. B. wenn der Gegenstand inzwischen entwerthet worden ist[14]).

§ 433 Abs. 2. III. 1. Aus der Vorschrift des § 433 Abs. 2 ergiebt sich, daß zum Wesen des Kaufvertrags die Vereinbarung eines Kaufpreises gehört. Der Kaufpreis muß in Geld bestehen[15]), jedoch ist es, wie sich insbesondere aus § 473 (vergl. auch § 507) ergiebt, zulässig, daß neben dem in Geld festgesetzten Kaufpreis[16]) andere Leistungen bedungen werden. — Ob Käufer außer dem vereinbarten Kaufpreise noch Nebenleistungen zu machen hat (Weinkaufs-, Schlüssel-, Trinkgeld), hängt von der ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung und der Verkehrssitte (§ 242) ab.

2. Es muß ein Kaufpreis vereinbart sein. Dieses Erforderniß ist nicht dahin aufzufassen, daß der Kaufpreis beim Abschlusse des Vertrags bestimmt werden muß, vielmehr bedeutet dieses Erforderniß nur, daß der übereinstimmende Wille der Parteien dahin gehen muß, daß für den von der einen Partei zu leistenden Gegenstand eine Gegenleistung in Geld zu bewirken ist. Dieser Wille der Parteien kann sich auch aus den Umständen ergeben[17]).

§ 453. 3. Ist der Kaufpreis nicht bestimmt, so greifen die Vorschriften der §§ 315 ff. Platz.[18]) Ist als Kaufpreis der Marktpreis bestimmt, so gilt im Zweifel der-

[14]) Das Verbot des § 456 stellt sich als ein Gesetz dar, welches den Schutz der im § 458 bezeichneten Betheiligten bezweckt. Ein Verstoß gegen dieses Verbot ist auch ohne Verschulden möglich, die Schadensersatzpflicht tritt aber nur beim Vorliegen eines Verschuldens ein (§ 823 Abs. 2).

[15]) Dies war im § 460 E. I besonders ausgesprochen, die Bestimmung ist als selbstverständlich gestrichen worden. Prot. II S. 56.

[16]) Der in Geld festgesetzte Kaufpreis muß jedoch die Hauptleistung sein. Dies ergiebt die Fassung des § 473 („neben dem in Geld festgesetzten Kaufpreise"). Ob dies der Fall ist, und was für ein Vertrag vorliegt, wenn es nicht der Fall ist, ist quaestio facti. Die Frage ist jedoch von keiner erheblichen Bedeutung, da für den Tausch dieselben Grundsätze gelten, wie für den Kauf (§ 515).

[17]) Es versteht sich von selbst, daß ein Kaufpreis nicht blos zum Schein festgesetzt sein darf. Ist dies der Fall, so liegt kein Kauf vor. Ist der Kaufpreis zum Schein anders beurkundet als wirklich vereinbart, so gilt der wirklich vereinbarte, vorausgesetzt, daß für die Vereinbarung die erforderliche Form gewahrt ist. Ist z. B. in einem notariellen Grundstückskaufvertrage der Kaufpreis niedriger angegeben, als er in Wirklichkeit mündlich vereinbart ist, so ist der Vertrag nichtig, denn der beurkundete Kaufpreis ist nicht maßgebend, weil er simuliert ist, (§ 117), der mündliche nicht, weil die Form nicht gewahrt ist (§§ 313 Satz 1, 125). Sind Auflassung und Eintragung erfolgt, so gilt der mündlich vereinbarte wahre Kaufpreis (§ 313 Satz 2).

[18]) Es ist darauf aufmerksam zu machen, daß § 316 auch dann nicht zur Anwendung kommt, wenn ein Kaufpreis als stillschweigend vereinbart anzusehen ist. Wenn z. B. Jemand sich aus einer Fabrik, aus einem Laden Waaren schicken läßt, so sind die Preise, welche in jener Fabrik, in jenem Laden für diese Waaren üblich sind, als stillschweigend vereinbart anzusehen. Der § 316 greift daher nicht Platz; (vergl. oben § 95 Anm. 12 und § 7 Anm. 13). — Nach § 316 steht bei Unbestimmtheit des Kaufpreises die Bestimmung dem Verkäufer zu. Diese Bestimmung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, an die der Bestimmende — abgesehen von der Anfechtung wegen Willensmängel — seinerseits gebunden ist (§ 315 Abs. 2). Hieraus folgt, daß der Verkäufer den von ihm nach § 316 bestimmten Preis nicht mehr erhöhen kann, selbst wenn sich im Prozeß ergeben sollte, daß der angemessene Preis ein höherer ist. Vergl. ROHG. Bd. 11 S. 247, Cosack I S. 391. Was die Beweislast anbetrifft, so ergiebt sich aus § 316, daß der Verkäufer, der das Recht für sich in Anspruch nimmt, den Kaufpreis nach seinem billigen Ermessen zu bestimmen, beweisen muß, daß der Kaufpreis von den Parteien nicht bestimmt worden ist. Auch zur Substantiirung der Klage gehört diese Behauptung. Eine Klage auf Zahlung des „angemessenen" Kaufpreises muß also korrekt etwa wie folgt lauten: ein bestimmter Kaufpreis ist nicht vereinbart worden, ich habe daher den Kaufpreis auf x Mark bestimmt, diese Bestimmung entspricht der Billigkeit. — Vergl. Neumann Anm. II, 1 zu § 433; Anm. 2 zu § 315. A. M. Dernburg II § 170 Anm. 13. — Für den Fall, daß ein bestimmter Kaufpreis nicht vereinbart

jenige Marktpreis als vereinbart, der für den Erfüllungsort zur Erfüllungszeit maßgebend ist (§ 453). Die Bestimmung des Marktpreises (Börsenpreises) als Kaufpreis kann auch stillschweigend geschehen und wird insbesondere dann als gewollt anzunehmen sein, wenn markt- oder börsengängige Waare ohne Vereinbarung eines bestimmten Kaufpreises gehandelt wird. Unter der Erfüllungszeit und dem Erfüllungsorte (des § 453) ist die Zeit, in welcher und der Ort, an welchem der Verkäufer zu erfüllen hat, zu verstehen.[19])

4. Eine Anfechtung des Kaufes wegen Verletzung über die Hälfte (laesio enormis) findet nach dem BGB. nicht statt. Uebermäßiger Unbilligkeit tritt insbesondere die Vorschrift des § 138 Abs. 2 entgegen.

IV. Der Grundsatz der Formfreiheit gilt auch für den Kaufvertrag. Ausgenommen sind der über ein Grundstück und der über das gegenwärtige Vermögen oder einen Bruchtheil des gegenwärtigen Vermögens geschlossene Vertrag. Diese beiden Verträge bedürfen der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung (§§ 313, 311; ebenso der Erbschaftskauf §§ 2371, 2033, vergl. ferner § 312 Abs. 2).

§ 129. Gegenstand des Kaufes.

1. Der vornehmlichste Gegenstand des Kaufvertrags sind Sachen,[1]) mögen sie individuell oder nur der Gattung nach bestimmt sein. In letzterem Falle kommt die Vorschrift des § 243 zur Anwendung. Ist ein Inbegriff (eine universitas facti, z. B. eine Bibliothek, ein Waarenlager, oder eine universitas juris, z. B. ein Vermögen) Gegenstand eines Kaufvertrags, so ist es Sache der Auslegung, welche einzelnen Sachen und Rechte als zu dem Inbegriffe gehörig verkauft sind.

2. Auch Sachen, die zur Zeit des Vertragsabschlusses noch nicht vorhanden sind, sondern erst künftig entstehen sollen, können verkauft werden. Jedoch ist für die Wirksamkeit des Vertrags Voraussetzung, daß die Sache als eine zukünftige verkauft und gekauft wird, d. h. daß die Parteien davon ausgehen, daß sie existent werden soll. Anders liegt der Fall, wenn die Parteien die Sache, die den Gegenstand des Kaufes bildet, als eine vorhandene behandeln, während sie in Wirklichkeit nicht vorhanden ist, sei es, daß sie noch nicht oder nicht mehr existiert[2]). In diesem Falle ist der Vertrag auf eine unmögliche Leistung gerichtet und es kommen die Grundsätze der §§ 306—308 zur Anwendung[3]). War nur ein Theil der verkauften Sache zur Zeit des Kaufabschlusses nicht vorhanden, so greift die Regel des § 139 Platz[4]).

---

ist, ist zunächst zu untersuchen, ob nicht die Vereinbarung noch vorbehalten ist, z. B. wenn es sich um Antiquitäten, Gemälde und ähnliche Gegenstände handelt, bei denen in der Regel ein Kauf ohne Vereinbarung eines bestimmten Kaufpreises nicht abgeschlossen wird. Liegt ein solcher Fall vor, so ist der Kauf vor Vereinbarung des Kaufpreises nicht perfekt (vergl. § 154). Ist dagegen ein fester Kauf anzunehme so kommen auch hier die §§ 316, 315 zur Anwendung (a. M. Endemann I § 185 Anm.).

[19]) Vergl. § 461 E. I, § 244 Abs. 2. Ueber den Begriff des Marktpreises vergl. Prot. II S. 57, Staub Exkurs vor § 373 Anm. 19—22.

[1]) Ueber den Verkauf von Sachen und Rechten eines Dritten vergl. oben § 91 unter III, 2 (S. 355).

[2]) Vergl. Str. Archiv Bd. 98 S. 242, ROHG. Bd. 18 S. 270, RG. Bd. 6 S. 290.

[3]) Vergl. Cosack I S. 389 unter 2a, Endemann I S. 712, Leske S. 182.

[4]) Es wird also hiernach in vielen Fällen auf die Größe und die Wichtigkeit des nicht existierenden Theiles im Verhältnisse zum Ganzen ankommen, im Gegensatze zum ALR. (§ 42 I 11), welches hierauf kein Gewicht legte. Vergl. Rehbein Entsch. II S. 80, Eccius II § 124 Anm. 68. — Auch wenn von mehreren Sachen, die zusammen als ein Gegenstand verkauft worden sind, eine zur Zeit des Kaufes nicht vorhanden ist, entscheidet die Regel des § 139.

3. Bildet den Gegenstand des Kaufes eine Sache, die noch nicht vorhanden ist, sondern erst künftig entstehen soll, so ist die Frage, welche Rechte und Pflichten für die Parteien durch einen solchen Vertrag begründet werden, in jedem einzelnen Falle durch Ausmittelung des Parteiwillens zu beantworten. Das Gesetz selbst enthält sich aller Spezialvorschriften in dieser Beziehung. Es kommen auch auf einen solchen Vertrag die allgemeinen Grundsätze des Kaufes zur Anwendung, soweit sie nicht durch die — ausdrücklichen oder stillschweigenden — Abreden der Parteien abgeändert sind. Der Verkäufer muß somit, entsprechend seiner Verpflichtung, dem Käufer das Eigenthum an der Sache zu verschaffen (§ 433), alles thun, was nach den Grundsätzen von Treu und Glauben erforderlich ist, damit die Sache zur Existenz gelange und er sie dem Käufer übergeben könne[5]), soweit nicht im einzelnen Falle der Parteiwille dahin ging, daß das Existentwerden der verkauften Sache lediglich dem Zufall überlassen sein sollte[6]). — Ebenso ist es Thatfrage, inwieweit der Verkäufer für Mängel der zukünftigen Sache Gewähr zu leisten hat. In der Regel wird davon auszugehen sein, daß auch beim Verkaufe künftiger Sachen der Käufer nur eine für ihn taugliche Sache abzunehmen verpflichtet ist, wenn nicht der Verkäufer darzuthun vermag, daß der Wille der Parteien dahin gegangen ist, daß er für die Beschaffenheit der Sache nicht aufzukommen hat[7]). Endlich ist auch die Frage, inwieweit die Verpflichtung des Käufers von dem Existentwerden der zukünftigen Sache abhängig ist, nach dem Parteiwillen zu entscheiden. Es kann die Absicht der Parteien die sein, daß der Käufer den vereinbarten Kaufpreis selbst dann zu zahlen hat, wenn die verkaufte Sache überhaupt nicht zur Existenz gelangt (sog. Hoffnungskauf, emtio spei).[8]) In der Regel wird dies nicht der Fall sein. Der Umstand, daß die verkaufte Sache nicht oder nicht in dem Umfange, wie sie Gegenstand des Kaufes war, existent geworden ist, wird vielmehr regelmäßig die gleiche Wirkung haben, wie die völlige oder theilweise Unmöglichkeit der Leistung (§§ 323 ff.).[9])

4. Gegenstand eines Kaufes sind ferner Rechte, insbesondere auch Forderungen. Der Forderungskauf bildet das kausale Geschäft für die als dessen Erfüllung sich darstellende Abtretung der Forderung. – Auch das Recht braucht nicht bereits vorhanden zu sein, sondern kann als ein zukünftiges, erst zu begründendes den Gegenstand eines Kaufes bilden, so ist z. B. der Vertrag über Einräumung einer Grunddienstbarkeit, eines Nießbrauchs, einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit gegen Zahlung eines Preises ein Kauf.[10]) — Wird ein nicht vorhandenes Recht nicht als zukünftiges, erst zu begründendes, sondern

---

[5]) So hat z. B. wer seine zukünftige Ernte verkauft, mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt für die Erzielung der Ernte zu sorgen. Vernachlässigt er diese Sorgfalt, so macht er sich dem Käufer schadensersatzpflichtig.

[6]) Vergl. Cosack I S. 390

[7]) Kauft ein Getreidehändler Roggen der künftigen Ernte, so ist er zur Abnahme des geernteten Roggens nur verpflichtet, wenn dieser mindestens so beschaffen ist, daß er für den Geschäftszweck eines Getreidehändlers brauchbar ist. RG. Bd. 13 S. 22 ff.

[8]) Es wird darüber gestritten, ob beim Hoffnungskaufe Gegenstand des Vertrags die Hoffnung an sich oder die künftige Sache ist. Vergl. Cosack I S. 398 unter III, Endemann I § 159 Anm. 11, Oertmann Vorbem. 1b vor § 433. Das BGB. kennt jedenfalls den Hoffnungskauf als eine besondere Abart des Kaufes nicht. Die Motive (II S. 320) bemerken nur, daß derartige Verträge nach den allgemeinen bez. nach den für den Kaufvertrag geltenden Rechtsnormen zu beurtheilen sind.

[9]) Vergl. Endemann I § 159 Anm. 9.

[10]) Vergl. § 449 („die Kosten der zur Begründung des Rechtes . . . nöthigen Eintragung"), Cosack I S. 390, Planck Anm. 3 zu § 433.

als ein vorhandenes verkauft, so gelten andere Grundsätze als bei Sachen. Der Vertrag ist nicht als ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter nichtig, vielmehr geht das Gesetz davon aus, daß in diesem Falle der Verkäufer die Garantie für die Existenz des Rechtes übernommen hat.[11]) Der Vertrag ist daher wirksam und der Verkäufer haftet für den rechtlichen Bestand der Forderung, mag auch die Forderung nie bestanden haben oder wieder erloschen sein (§ 437).

5. Gegenstand eines Kaufvertrags können nur Sachen und Rechte sein, die übertragbar sind. Fehlt es an dieser Voraussetzung, so ist der Vertrag unwirksam. Aus dem Wesen des Vertrags folgt, daß der Gegenstand des Kaufes bestimmt oder mindestens bestimmbar sein muß.[12]) Sind mehrere Gegenstände derartig verkauft, daß nur der eine oder der andere geleistet werden soll, so kommen die Vorschriften der §§ 262—265 zur Anwendung.

§ 130. Die Verpflichtungen des Verkäufers.

§ 433 Abs. 1

1. Der Verkäufer einer Sache ist verpfichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben. Zur Erfüllung dieser Verpflichtung ist erforderlich, daß er dem Käufer den unmittelbaren Besitz, die thatsächliche Gewalt über die Sache (§ 854), verschafft.[1]) Die Verpflichtung, auch das Zubehör zu übergeben, folgt aus der Vorschrift des § 314. Ueber den Umfang des zu übergebenden Zubehörs hat das Gesetz keine Vorschriften. Für die Regel wird davon auszugehen sein, daß nach dem Willen der Parteien alles das mitverkauft sein soll, was zur Zeit des Abschlusses des Kaufvertrags[2]) nach der in den §§ 97, 98 enthaltenen Begriffsbestimmung Zubehör der verkauften Sache ist. Dies gilt auch für den sog. Kauf in Pausch und Bogen.[3]) Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, daß im einzelnen Falle nach der Absicht der Parteien ein anderer Zeitpunkt, insbesondere der der Uebergabe, für den Bestand des zu übergebenden Zubehörs maßgebend ist.[4]) Ferner ist der Verkäufer,

---

[11]) Uebrigens kann auch bei dem Verkaufe nicht existierender Sachen die Absicht der Parteien auf eine solche Garantieübernahme gerichtet sein. In einem solchen Falle hat der Verkäufer nicht bloß für das negative, sondern für das positive Vertragsinteresse aufzukommen.

[12]) Vergl. hierzu Rehbein Entsch. II S. 65. Ferner Staub Exkurs vor § 373 Anm. 25 mit zahlreichen Beispielen aus der Judikatur.

[1]) Auf ein Surrogat der Uebergabe, z. B. auf die Abtretung des Herausgabeanspruchs nach § 931, braucht sich der Käufer nicht einzulassen. Wenn die §§ 930, 931 bestimmen, daß das constitutum possessorium und die Abtretung des Herausgabeanspruchs die Uebergabe ersetzen, so ist das nur insoweit der Fall, als es sich um die Uebertragung des Eigenthums handelt; daß sie auch in allen anderen Fällen der Uebergabe gleich stehen, ist nicht daraus zu folgern. Andererseits ist aber klar, daß der Käufer, wenn die verkaufte Sache sich im Besitz eines Dritten befindet, die Abtretung des Herausgabeanspruchs zu verlangen befugt ist, denn sie eröffnet einen Weg, auf welchem der Käufer zum unmittelbaren Besitze der Sache kommen kann.

[2]) So ausdrücklich § 790 E. I. Vergl. Prot. III S. 20.

[3]) Das BGB. erkennt den Kauf in Pausch und Bogen nicht als eine besondere Art des Kaufes an. Wird eine Mehrheit von Sachen (z. B. eine Bibliothek) oder eine Sache mit ihrem gesammten Zubehör (z. B. ein Landgut, eine Fabrik, ein Hotel) in Pausch und Bogen oder wie es steht und liegt, verkauft, so ist für die Frage, was Gegenstand des Kaufes ist, in der Regel der thatsächliche Zustand des verkauften Objekts zur Zeit des Kaufabschlusses maßgebend. Vergl. Dernburg II § 169 unter V.

[4]) Dies wird z. B. der Fall sein, wenn zwischen dem Kaufe und der Uebergabe eines Landguts, eines Hotels ein besonders langer Zeitraum liegt, während dessen der Verkäufer über einzelne Zubehörstücke verfügt und andere anschafft. Vergl. Prot. III S. 20, Planck zu § 314.

wenn über das Zubehör keine besonderen Abreden getroffen sind (z. B. durch Aufnahme eines Inventars), verpflichtet, dem Käufer dasjenige an Zubehör zu gewähren, was dieser nach der Verkehrssitte erwarten durfte (§ 242). Hinsichtlich der Zeit und des Ortes der Uebergabe gelten die allgemeinen Grundsätze der §§ 269—271.

2. Erfüllt der Verkäufer die Verpflichtung, dem Käufer die Sache zu übergeben, nicht, so stehen dem Käufer diejenigen Rechte zu, welche bei einem jeden gegenseitigen Vertrage dem Berechtigten gegeben sind (§ 440 Abs. 1). Befindet sich der Verkäufer mit der Uebergabe im Verzuge,[5]) so hat der Käufer das dreifache Wahlrecht des § 326.[6]) Er kann zunächst lediglich auf Grund des Vertrags und ohne jede weitere Voraussetzung die Uebergabe der Sache und Schadensersatz wegen der verzögerten Uebergabe verlangen (§ 286 Abs. 1). Für die Berechnung dieses Schadens sind besondere Vorschriften nicht gegeben, es kommen die allgemeinen Bestimmungen des Gesetzes zur Anwendung. Der Käufer kann seinen Schaden abstrakt in der Weise berechnen, daß er die Differenz zwischen dem Werthe der Sache zur Zeit des Eintritts des Verzugs und dem Werthe zur Zeit der thatsächlich erfolgten Uebergabe verlangt.[7]) Er kann auch seinen Schaden konkret in der Weise berechnen, daß er denjenigen Schaden ersetzt verlangt, der ihm thatsächlich erwachsen ist.[8]) Der Käufer kann ferner unter Beobachtung der Vorschrift des § 326[9]) statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrage zurücktreten. Wählt[10]) der Käufer das erstere,[11]) so kann er wieder seinen Schaden (insbesondere bei Waaren des Handelsverkehrs) abstrakt in der Weise berechnen, daß er die Differenz zwischen dem Werthe der Sache zu der Zeit,

---

[5]) Siehe über die Voraussetzungen des Verzugs oben § 86 S. 340 ff. und Staub Exkurs zu § 374 Anm. 34 bis 45.

[6]) Hierüber ist eingehend oben § 98 gehandelt.

[7]) Vergl. Staub Exkurs zu § 374 Anm. 48, Cosack I § 123 unter III 4, RG. Bd. 14 S. 111 ff. Diese abstrakte Berechnung wird jedoch hinfällig, wenn der Verkäufer beweist, daß der Käufer bei rechtzeitiger Uebergabe die Sache bis zur thatsächlich erfolgten Uebergabe behalten hätte. Hieraus ergiebt sich, daß die abstrakte Schadensberechnung regelmäßig nur im Handelsverkehre, bei welchem man Waaren nicht kauft, um sie zu behalten, sondern um sie weiter zu verkaufen, Platz greifen wird. Handelt es sich um Gebrauchsgegenstände, bei denen es von vornherein klar ist, daß der Käufer sie gekauft hat, um sie zu behalten, so versagt die abstrakte Berechnung. — Hat die Sache in der Zwischenzeit zwischen dem Eintritte des Verzugs und der später erfolgten Lieferung einen höheren Werth erlangt, so kann der Käufer seiner Schadensberechnung diesen höheren Werth dann zu Grunde legen, wenn er darthut, daß er zu diesem die Sache weiterverkauft haben würde.

[8]) Z. B. dadurch, daß ihm in der Zwischenzeit in Folge des Fehlens der Sache Arbeitsverdienst entgangen ist, daß er sich zur Aushülfe eine andere Sache habe anschaffen müssen, daß er seinerseits eine eingegangene Verpflichtung nicht habe erfüllen können und deswegen zum Schadensersatz oder zur Zahlung einer Konventionalstrafe verpflichtet sei. Jedoch ist in diesen Fällen die Vorschrift des § 254 zu beachten; der Käufer muß insbesondere mit gehöriger Sorgfalt sich bemühen, den Schaden nach Möglichkeit zu mindern. Das kann auch unter Umständen dazu führen, daß er sich die Waare, um eine hohe Konventionalstrafe von sich abzuwenden, anderweit beschaffen, einen sog. Deckungskauf vornehmen muß. Jedoch ist in diesem Falle zu beachten, daß er ja die Sache thatsächlich bekommt, wenn auch später. Er muß daher bei der Berechnung seines Schadens den Gewinn in Betracht ziehen, den er durch die Verwerthung der verspätet gelieferten Sache erzielt hat. Vergl. RG. Bd. 14 S. 112.

[9]) Vergl. über das Erforderniß der Fristbestimmung oben § 98 unter 2a β (S. 381).

[10]) Ueber die Ausübung dieses Wahlrechts vergl. oben § 98 unter 2b β (S. 383).

[11]) Darüber, daß in diesem Falle die Verpflichtung des Käufers zu Zahlung des Kaufpreises fortfällt, vergl. oben § 98 Anm. 28 (S. 384) und § 97 Anm. 13 (S. 377).

zu welcher sie spätestens[12]) zu liefern war, und dem Kaufpreise verlangt, oder konkret durch Darlegung, welcher Schaden ihm in Wirklichkeit durch die Nichterfüllung entstanden ist. Er kann insbesondere sich die Sache anderweit beschaffen (einen Deckungskauf vornehmen)[13]) und als Schaden den Unterschied zwischen dem Anschaffungspreis und dem vereinbarten Kaufpreise verlangen. Wählt der Käufer den Rücktritt vom Vertrage, so fallen die Verpflichtungen beider Theile mit rückwirkender Kraft fort, der Kauf gilt als nicht geschlossen.[14])

3. Der Verkäufer einer Sache ist ferner verpflichtet, dem Käufer das Eigenthum an der Sache zu verschaffen.[15]) Diese Verpflichtung des Verkäufers beruht unmittelbar auf dem Kaufvertrage. Sie besteht, ohne daß der Verkäufer eine besondere dahin gehende Pflicht zu übernehmen braucht. Der Verkäufer ist daher auf Grund des Kaufvertrags verpflichtet, alle Handlungen vorzunehmen, die im einzelnen Falle zur Eigenthumsverschaffung sich als nothwendig herausstellen, insbesondere muß er alle diejenigen Erklärungen abgeben und Handlungen vornehmen, die nach dem Gesetze zur Eigenthumsübertragung erforderlich sind (§§ 929, 873 925).

4. Der Verkäufer eines Rechtes ist verpflichtet, dem Käufer das Recht zu verschaffen. Er ist demgemäß zur Bewirkung aller derjenigen Handlungen und Erklärungen verpflichtet, welche zur Rechtsverschaffung nothwendig sind, insbesondere zur Vollziehung des abstrakten Abtretungsvertrags (§ 398). Soll das verkaufte Recht erst begründet werden, so hat der Verkäufer alles, was zur Begründung des Rechtes nothwendig ist, vorzunehmen (vergl. § 449). Berechtigt das verkaufte Recht den Käufer zum Besitz einer Sache, wie es z. B. beim Nießbrauche (§ 1036 Abs. 1), dem Wohnungsrechte (§ 1093), der Uebertragung einer Forderung, für welche ein Pfandrecht an einer beweglichen Sache besteht (§§ 1250, 1251), der Fall ist, so ist der Verkäufer auch zur Uebergabe der Sache verpflichtet. Berechtigt das verkaufte Recht nicht zum Besitze, sondern nur zur Benutzung einer Sache in einzelnen Beziehungen (§ 1018 Grunddienstbarkeiten), so ist der Verkäufer verpflichtet, alles zu thun, was zur Ermöglichung dieser Benutzung erforderlich ist, und alle Hindernisse, die dieser Benutzung entgegenstehen, zu beseitigen[16]).

5. Die Verpflichtungen des Verkäufers eines anderen wirthschaftlichen Gutes sind unter analoger Anwendung des § 433 aus dem Vertrag und der Verkehrssitte festzustellen. Im Allgemeinen geht die Verpflichtung des Verkäufers dahin, dem Käufer den vollen Genuß des verkauften Gutes zu verschaffen[17]).

---

[12]) Vergl. hierüber Staub Exkurs zu § 374 Anm. 54.

[13]) Vergl. über den Deckungskauf Staub a. a. O. Anm. 56—64.

[14]) Es kommen die Vorschriften der §§ 346—356 zur Anwendung. Die Annahme Cosacks (I § 123 unter III 6, S. 404), daß der Käufer sein negatives Vertragsinteresse, z. B. eine an einen Mäkler gezahlte Provision, verauslagte Stempel u. s. w. ersetzt verlangen kann, erscheint unzutreffend; ihr steht die Vorschrift des § 346 entgegen.

[15]) Das BGB. stimmt in dieser Beziehung mit dem preußischen (ALR. § 1 I, 11) und dem französischen Rechte (C. c. Art. 1582, 1583) überein, während das gemeine Recht und das Sächsische GB. (§ 1082) prinzipiell dem Verkäufer nicht die Verpflichtung zur Verschaffung des Eigenthums, sondern nur zur Verschaffung des ungestörten Genusses auferlegten. Vergl. M. II S. 213. — Ueber die Folgen der Nichterfüllung dieser Verpflichtung s. unten § 133.

[16]) Vergl. Prot. II S. 52.

[17]) Vergl. Oertmann S. 156 unter 2c. Vergl. ferner RG. Bd. 37 S. 178 über die Verpflichtungen des Verkäufers einer Zeitung.

§ 444. 6. Endlich begründet der Kaufvertrag[18]) für den Verkäufer eines jeden Gegenstandes die Verpflichtung, dem Käufer über die rechtlichen Verhältnisse des Kaufgegenstandes (z. B. über die Miethverhältnisse des verkauften Grundstücks) die nöthige Auskunft zu ertheilen und ihm ferner die Urkunden auszuliefern, die sich in seinem Besitze[19]) befinden und zum Beweise des Rechtes an dem Kaufgegenstande dienen. Wenn der Inhalt einer solchen Urkunde noch andere Angelegenheiten des Verkäufers betrifft, so muß sich der Käufer mit einem öffentlich beglaubigten Auszuge begnügen[20]).

§ 131. Der Uebergang der Gefahr, der Nutzungen und der Lasten. Ersatzanspruch des Verkäufers wegen Verwendungen.

§§ 446, 447. I. In dem § 323 ist, wie in der Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung dargethan ist[1]), der Grundsatz enthalten, daß bei allen gegenseitigen Verträgen der Schuldner die Gefahr bis zur Erfüllung zu tragen hat. Es ergiebt sich daraus, daß der Verkäufer die Gefahr der verkauften Sache bis zur Uebergabe trägt[2]).

1. Mit der Uebergabe der verkauften Sache geht die Gefahr auf den Käufer über (§ 446 Abs. 1). Dies ist auch bei Grundstücken der Fall. Wird jedoch der Käufer schon vor der Uebergabe des Grundstücks als Eigenthümer in das Grundbuch eingetragen, so geht die Gefahr schon mit der Eintragung auf ihn über[1]). Die Uebergabe, der konsensuale Besitzwechsel,

---

[18]) Die Vorschrift des § 444 gilt nach § 445 auch für kaufähnliche Verträge und wird in der Regel auch auf die Schenkung anzuwenden sein, obwohl dies im Gesetze (§ 523 Abs. 2) nur für einen bestimmten Fall der Schenkung, nämlich der Schenkung einer vom Schenker erst zu erwerbenden Sache, vorgeschrieben ist.

[19]) Befindet sich die Urkunde nur im mittelbaren Besitze des Verkäufers, hat er z. B. die Urkunde Jemandem zur Verwahrung gegeben, so besteht trotzdem seine Auslieferungspflicht, der Käufer braucht sich auf die Abtretung des Herausgabeanspruchs (§ 870) nicht einzulassen, kann diese aber verlangen. Hat der Verkäufer weder unmittelbaren noch mittelbaren Besitz der Urkunden, sind sie ihm z. B. gestohlen worden, so hat er auch keine Pflicht, sie dem Käufer auszuliefern, d. h. er braucht sie nicht zu vindizieren, um sie dem Käufer geben zu können, jedoch wird man annehmen müssen, daß der Käufer die Abtretung des Vindikationsanspruchs verlangen kann, soweit er nicht schon ohnedies, z. B. nach § 952, Eigenthümer der Urkunde geworden ist.

[20]) Ob der Käufer auch die Einsicht des Originals verlangen kann, ist bestritten. Prot. II S. 58 und Endemann I S. 717 Anm. 17 bejahen, Planck Anm. 2 zu § 444, Fischer-Henle Anm. 6 zu § 444 verneinen. § 810 paßt seinem Wortlaute nach freilich nicht, aber die im § 444 vorgeschriebene Auskunftspflicht involviert wohl auch die Pflicht, dem Käufer die Prüfung zu ermöglichen, ob der Auszug vollständig ist. — Die Kosten der Herstellung des Auszugs hat der Verkäufer zu tragen.

[1]) S. oben § 97 unter I 1 (S. 374).

[2]) Vorausgesetzt, daß sich nicht der Käufer im Annahme-Verzuge befindet; während des Annahme-Verzugs trägt er die Gefahr (§§ 300, 324). S. das Nähere hierüber oben § 90 unter 3 (S. 352). — Wird dem Verkäufer die Uebergabe nach Abschluß des Kaufes unmöglich, so entscheiden über die gegenseitigen Rechte und Pflichten die §§ 323—325.

[1]) Es entscheidet also die Uebergabe oder die Eintragung, je nachdem welche früher erfolgt. Ueber die Gründe, welche für diese Regelung maßgebend waren, vergl. M. II S. 323, Prot. II S. 60 ff. Für das preuß. Recht vergl. insbesondere RG. Bd. 7 S. 241. — Die von den Motiven Bd. II S. 323 aufgeworfene, praktisch nicht besonders wichtige Frage, wie sich der Uebergang der Gefahr im Falle eines zweifachen Verkaufs eines Grundstücks gestaltet, wenn nämlich der Verkäufer (A.) dem Käufer (B.) übergeben, hierauf noch einmal an C. verkauft und ihm aufgelassen hat, und nachher erst die Sache von einer Gefahr betroffen wird, beantwortet Schollmeyer (a. a. O. S. 9) dahin, daß der Verkäufer doppelte Zahlung des Kaufpreises verlangen kann, weil jeder der beiden Käufer

ist im Sinne des § 446 vollzogen, wenn der Verkäufer und der Käufer einig sind, daß der Besitz auf den Käufer übergehen soll und dieser den unmittelbaren oder mittelbaren Besitz erworben hat[2]).

---

die Gefahr trug. Diese Ansicht dürfte nicht zutreffend sein. A. ist dem B., dem er übergeben hat, noch zur Eigenthumsverschaffung, zur Auflassung, verpflichtet. Dadurch, daß er das Grundstück hinterher dem C. aufgelassen hat, ist eine subjektive Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 2) eingetreten; da diese Unmöglichkeit die Folge eines Umstandes ist, den er zu vertreten hat, hat B. die Rechte des § 325 erworben, die durch den späteren Untergang des Grundstücks nicht alteriert werden. B. kann also zurücktreten oder Schadensersatz fordern (ebenso Planck Anm. 2 b zu § 446). Anders liegt die Sache rücksichtlich des C. Zwar ist A. auch diesem zur Uebergabe verpflichtet; daß die Uebergabe dem A. zur Zeit des Vertragsabschlusses subjektiv unmöglich war, berührt die Gültigkeit des Vertrags nicht (vergl. § 306). C. könnte also gegen A. auf Uebergabe klagen. Diese Leistung ist aber nach Entstehung des Schuldverhältnisses durch einen Umstand, den A. nicht zu vertreten hat, unmöglich geworden, und A. ist daher nach § 275 von der Verpflichtung zur Uebergabe frei geworden. Trotz § 323 kann er aber die Gegenleistung fordern, weil § 323 rücksichtlich des Kaufes von Grundstücken durch § 446 Abs. 2 modifiziert wird. Im Resultat übereinstimmend, aber mit anderer Begründung Oertmann Anm. 5 c zu § 446. — Anders gestaltet sich die Sache, wenn A. an B. und C. verkauft und sodann dem B. übergiebt und dem C. aufläßt. In diesem Falle ist ihm die Uebergabe an C. durch einen von ihm selbst zu vertretenden Umstand subjektiv unmöglich geworden, auch C. hat also die Rechte des § 325 erworben, die trotz des späteren Unterganges des Grundstücks bestehen bleiben.

[2]) Was unter Uebergabe im Sinne des § 446 zu verstehen ist, kann zweifelhaft sein und ist in der That bestritten. Oertmann Anm. 1 a bemerkt, daß Uebergabe im Sinne der §§ 854, 929—930 zu verstehen ist, erklärt es zwar für zweifelhaft, ob auch eine cessio vindicationis im Sinne des § 931 genüge, bejaht aber diese Frage. Planck Anm. 2 b α bemerkt: „Bei beweglichen Sachen entscheidet die Uebergabe, d. h. die körperliche Uebergabe, welcher die brevi manu traditio gleichsteht (§ 929)", er will also nicht nur § 931, sondern auch das constitutum possessorium ausschließen. Cosack I S. 396 unter 6 (welchem Dernburg II § 174 unter III folgt) nimmt an, daß jede Rechtshandlung, welche bei der Uebereignung beweglicher Sachen die Uebergabe ersetzt (§§ 930, 931), auch hier als Uebergabe gilt und tadelt die Formulierung des Gesetzes, weil im § 446 nur von der Uebergabe gesprochen und dasjenige, was nach §§ 930, 931 die Uebergabe ersetzt, nicht erwähnt ist; dies sei um so bedenklicher, als die §§ 929 ff. nur von der Uebereignung beweglicher Sachen handeln, und die Grundsätze nun auch auf die Gefahrübertragung beim Verkaufe von Grundstücken analog angewendet werden müßten. Diese Ausführung erscheint jedoch unrichtig. Der Begriff der Uebergabe im Sinne des § 446 ist überhaupt nicht aus den §§ 929 ff., die lediglich von der Uebertragung des Eigenthums an beweglichen Sachen handeln, sondern aus der Lehre vom Besitz, insbesondere den §§ 854, 870 zu entnehmen, und letztere Vorschriften gelten sowohl für Mobilien wie für Immobilien, sodaß ein Analogieschluß überhaupt nicht erforderlich wird. Daß die Ansicht Cosacks unrichtig ist, ergiebt sich insbesondere aus Folgendem: Nach § 931 kann, wenn ein Dritter im Besitze der Sache ist, die zur Eigenthumsübertragung erforderliche Uebergabe dadurch ersetzt werden, daß der Eigenthümer den Herausgabeanspruch abtritt. Zwei Fälle sind hierbei zu unterscheiden: es kann der Eigenthümer mittelbarer Besitzer der Sache sein oder er kann keinen Besitz der Sache haben. Im ersteren Falle (z. B. A. hat eine Sache, die er dem C. zur Verwahrung gegeben hat, dem B. verkauft und ihm den Anspruch gegen C. auf Herausgabe abgetreten) ist das Eigenthum nach § 931, der Besitz nach § 870 übergegangen, die Sache ist im Sinne des konsensualen Besitzwechsels übergeben, die Gefahr ist auf B. übergegangen. Im anderen Falle (der Dritte C. besitzt die Sache nicht auf Grund eines Verhältnisses des § 868, sondern z. B. als Dieb), in welchem nur der Vindikationsanspruch abgetreten ist, ist zwar das Eigenthum nach § 931 übergegangen, B. ist aber nicht Besitzer geworden, eine wirkliche Uebergabe in dem hier gemeinten Sinne, nämlich ein Besitzwechsel, hat somit nicht stattgefunden und die Gefahr ist nicht auf B. übergegangen. Darum ist die Cession des blos vindikatorischen Anspruchs auch nicht zur Begründung des Pfandrechts ausreichend (§ 1205 Abs. 2), weil sie eben für sich allein keinen Besitz verschafft. — Beim constitutum possessorium (§ 930) liegt eine Uebergabe auch im Sinne des § 446 vor, da die Parteien einig sind, daß der Käufer den (mittelbaren) Besitz erwerben soll und er diesen auch wirklich erlangt. — Wie wenig man zur Erklärung

2. Ausnahmsweise geht die Gefahr[5]) auf den Käufer schon vor der Uebergabe dann über, wenn der Verkäufer die verkaufte Sache auf Verlangen des Käufers nach einem anderen Orte als dem Erfüllungsorte versendet. In diesem Falle trägt der Käufer die Gefahr von dem Zeitpunkt an, in welchem der Verkäufer die Sache der zur Ausführung der Versendung bestimmten Person (Spediteur, Frachtführer) ausgeliefert hat (§ 447 Abs. 1). Voraussetzung für die Ausnahme des § 447 ist zunächst, daß der Ort, nach welchem der Verkäufer die Sache versendet, nicht nach den Vorschriften des § 269 der Erfüllungsort für den Verkäufer ist, mag im Uebrigen der Absendungsort, was in der Regel der Fall sein wird, oder ein anderer Ort der Erfüllungsort sein; gleichgültig für die Anwendung des § 447 ist auch, ob die Versendung an den Käufer oder auf dessen Anweisung an einen Dritten bewirkt wird[6]). Erfolgt die Versendung an den Erfüllungsort, so geht die Gefahr nach der Vorschrift des § 446 Abs. 1 mit der Uebergabe über. Ferner setzt das Gesetz voraus, daß die Versendung auf Verlangen des Käufers erfolgt. Eine Verpflichtung, die Sache dem Käufer zu übersenden, besteht zwar nicht nach gesetzlicher Vorschrift, wohl aber vielfach nach der Verkehrssitte (§ 242)[7]). Das Verlangen des Käufers, daß der Verkäufer ihm die Waare übersende, braucht nicht besonders ausgesprochen zu sein, sondern kann sich aus den Umständen ergeben; insbesondere wird immer dann, wenn nach der Verkehrssitte eine Uebersendungspflicht besteht, anzunehmen sein, daß der Käufer diese verkehrsübliche Uebersendung verlangt hat, wenn er sie nicht besonders ausgeschlossen hat[8]).

---

des Begriffs der Uebergabe im Sinne des § 446 auf die §§ 929 ff. zurückgehen darf, ergiebt auch folgende Erwägung: Nach § 929 S. 2 genügt, wenn der Erwerber im Besitze der Sache ist zur Eigenthumsübertragung die Einigung über den Eigenthumsübergang, d. h. es vollzieht sich bei der sog. brevi manu traditio der Eigenthumsübergang ohne Uebergabe. Soll man nun etwa annehmen, es liege auch keine Uebergabe im Sinne des § 446 vor und die Gefahr sei nicht übergegangen? Man muß eben die Besitzübergabe und die Eigenthumsübergabe gänzlich von einander scheiden. Im § 446 ist erstere gemeint.

[5]) Die Ausnahme betrifft nur den Uebergang der Gefahr des zufälligen Unterganges und einer zufälligen Verschlechterung der Sache. In allen anderen Beziehungen, insbesondere rücksichtlich der Nutzungen und Lasten der Sache, bleibt es bei der Regel des § 446 Abs. 1. — Ferner ist der Unterschied vom preuß. Rechte besonders zu beachten. Nach ALR. § 128 I 11 war mit der Auslieferung der Sache an die Transportperson die Uebergabe vollzogen, so daß nicht nur die Gefahr, sondern auch das Eigenthum auf den Käufer überging. Anders nach dem BGB. Nur die Gefahr geht über; rücksichtlich des Eigenthumsüberganges bleiben die §§ 929 ff. entscheidend. Es folgt hieraus weiter, daß der Verkäufer mit der Auslieferung der Sache an die Transportperson seiner Verpflichtung zur Uebergabe nach § 433 noch nicht ledig ist. Sollte aus irgend einem Grunde der Transport nicht zur Uebergabe an den Käufer führen, z. B. weil die Sache unterwegs liegen bleibt oder versehentlich nach einem anderen Orte geschickt wird, so hat der Verkäufer alles zu thun, was zur Uebergabe der Sache an den Käufer erforderlich ist.

[6]) A., der seine gewerbliche Niederlassung in Berlin hat, verkauft Waare an B. in Hamburg und versendet sie von seiner Fabrik in Schöneberg auf Anweisung des B. an dessen Abnehmer C. nach Leipzig. Erfüllungsort ist Berlin, die Gefahr geht mit der Absendung von Schöneberg, das Eigenthum mit der Uebergabe der Waare an C. über.

[7]) Vergl. insbesondere über den dahin gehenden Handelsgebrauch Staub Exkurs zu § 372 Anm. 35 und Exkurs zu § 382 Anm. 29, ferner Dernburg II § 172 unter II, 2.

[8]) Obwohl die Ausnahme-Vorschrift des § 447 die Verschiedenheit des Erfüllungsorts und des Bestimmungsorts voraussetzt, so muß sie dennoch auf Platzgeschäfte analog dahin angewendet werden, daß, wenn der Verkäufer auf Verlangen des Käufers die Sache nach einer anderen Lokalität als der Erfüllungslokalität versendet, die Gefahr auf den Käufer mit der Auslieferung der Sache an die zur Versendung bestimmte Person oder Anstalt über geht (vergl. Oertmann Anm. 4 zu § 447, Cosack I S. 407 unter 6). Wenn z. B. A. in Berlin in einem Laden eine Kiste Zigarren kauft und bittet, ihm diese in seine Wohnung zu

3. Für die Anwendung des § 447 kommt nicht in Betracht, ob die zur Ausführung des Transports bestimmte Person oder Anstalt vom Verkäufer oder vom Käufer bestimmt worden ist. Aus den §§ 242, 276 folgt, daß der Verkäufer bei der ganzen Versendung (rücksichtlich der Verpackung, der Auswahl des Transportmittels u. s. w.) die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachten[9]), und wenn der Käufer eine besondere Anweisung über die Versendung ertheilt hat, diese befolgen muß. Weicht er ohne dringenden Grund, — für dessen Vorliegen ihn die Beweislast trifft, — von der ihm ertheilten Anweisung ab, so hat dies zwar auf den Uebergang der Gefahr keinen Einfluß, aber der Verkäufer ist dem Käufer für den daraus entstandenen Schaden verantwortlich (§ 447 Abs. 2).

4. Die §§ 446, 447 setzen voraus, daß die verkaufte Sache übergeben oder zur Versendung ausgeliefert worden ist. Weicht die übergebene oder abgesandte Sache von der verkauften so wesentlich ab, daß sie als eine andere angesehen werden muß, so ist die Gefahr nicht übergegangen. Ist die verkaufte und übergebene oder abgesandte Waare mangelhaft, so ist zwar die Gefahr übergegangen, es verbleiben aber dem Käufer trotz des Unterganges oder der Verschlechterung der Sache die ihm aus ihrer Mangelhaftigkeit zustehenden Ansprüche.

5. Die Uebergabe[10]), bei Grundstücken die Uebergabe oder die vor ihr erfolgte Eintragung des Käufers als Eigenthümers, hat ferner die Folge, daß die Nutzungen und Lasten auf den Käufer übergehen (§ 446 Abs. 1 Satz 2). Wie sich Verkäufer und Käufer wegen der Früchte und Lasten auseinandersetzen, ist in den §§ 101--103 vorgeschrieben.

6. Die erörterten Vorschriften über den Uebergang der Gefahr gelten auch für den Gattungskauf, jedoch treten ergänzend die Vorschriften der §§ 243 Abs. 2 und 300 Abs. 2 ein[11]). Der Uebergang der Gefahr setzt voraus, daß die Schuld sich auf eine spezielle Sache konzentriert hat. Mit der Uebergabe dieser Sache (§ 446) oder, wenn der Käufer dadurch in Verzug kommt, daß er die angebotene Sache nicht annimmt (§ 300 Abs. 2), mit dem Eintritte des Verzugs geht die Gefahr auf den Käufer über. Liegen die Voraussetzungen des § 447 vor, so geht die Gefahr mit der Absendung der ausgeschiedenen

---

schicken, so kann es nicht darauf ankommen, ob die Wohnung des A. in einer Straße sich befindet, die wirklich zur Gemeinde Berlin gehört, oder in einer Straße, die zu einer Nachbargemeinde gehört. In beiden Fällen geht die Gefahr auf den Käufer über, sobald der Verkäufer, der regelmäßig in seinem Verkaufslokale resp. in seiner Wohnung zu erfüllen hat, die Sache dem Boten zur Ueberbringung an den Käufer ausgeliefert hat. Wird die Sache auf dem Wege zum Käufer durch Zufall vernichtet oder beschädigt, so trifft der Nachtheil den Käufer. Liegt ein Verschulden des Boten vor, so hat dieses der Verkäufer nach § 278 zu vertreten. Gleichgültig ist es auch hier, ob der Käufer die Zusendung der Sache besonders verlangt hat oder ob sie nur üblich ist. — Anders liegt die Sache nur dann, wenn der Verkäufer, — sei es auf Grund der Vereinbarung, sei es nach Verkehrssitte, — dem Käufer die Waare in dem Sinne zuzusenden hat, daß die Wohnung des Käufers die Erfüllungslokalität ist. Dies wird z. B. der Fall sein, wenn man sich bei einem Koch ein Diner, bei einem Schneider einen Anzug u. s. w. bestellt. In diesen und ähnlichen Fällen hat der Verpflichtete nach der Verkehrssitte erst erfüllt, wenn er abgeliefert hat.

[9]) Dies ist als selbstverständlich im Gesetze nicht besonders ausgesprochen. M. II S. 328. Deshalb ist auch Art. 344 HGB. ins neue HGB. nicht übernommen worden. Denkschrift zum HGB. S. 246.

[10]) Nicht auch, wie bereits erwähnt ist, die Absendung nach § 447 Abs. 1. Während des Transports gebühren die Nutzungen dem Verkäufer und hat er die Lasten zu tragen.

[11]) S. das Nähere oben § 72 und § 90 unter 3.

speziellen Sache über[12]); wird die Sache nach dem Erfüllungsorte versendet, so geht die Gefahr erst mit der Uebergabe nach § 446 oder dem Annahme-Verzuge des Käufers in Gemäßheit des § 300 Abs. 2 über.

7. Beim Kaufe in Pausch und Bogen wurde in manchen Gesetzgebungen[13]) zwischen der Gefahr des zufälligen Unterganges der ganzen verkauften Sache (periculum interitus) und der Gefahr des Unterganges oder der Verschlechterung einzelner Stücke (periculum deteriorationis) unterschieden: die erstere zwar ging der Regel entsprechend mit der Uebergabe auf den Käufer über, dagegen trug er die Gefahr der zufälligen Verschlechterung schon von dem Vertragsschluß an; von demselben Zeitpunkt an gebührten ihm die Nutzungen und trug er die Lasten. Dem BGB. ist diese Unterscheidung fremd. Auch bei einem Kaufe in Pausch und Bogen und ebenso bei dem Kaufe eines Inbegriffs von Sachen kommen die Bestimmungen der §§ 446, 447 zur Anwendung, jedoch wird bei einem derartigen Kaufe aus der Natur des Kaufgegenstandes und der Absicht der Parteien die stillschweigende Vereinbarung[14]) zu entnehmen sein, daß es auf die Anzahl und Beschaffenheit der einzelnen Sachen nicht ankommen solle, so daß der Umstand, daß zwischen dem Abschlusse des Vertrags und der Uebergabe einzelne Stücke durch Zufall untergegangen oder schlechter geworden sind, auf die Rechte und Pflichten der Parteien ohne Einfluß ist[15]).

8. Auch darüber, wann die Gefahr bei einem bedingten Kaufvertrag auf den Käufer übergeht, enthält das BGB. keine besonderen Bestimmungen. Die Entscheidung ist aus den §§ 446, 447 in Verbindung mit den §§ 158, 159 zu entnehmen. Ist der Kauf aufschiebend bedingt und die Sache bereits übergeben, so ist, da die Wirkung des Vertrags noch nicht eingetreten ist, die Gefahr auf den Käufer noch nicht übergegangen, sie geht vielmehr erst über, wenn die Bedingung eintritt,[16]) und zwar mit dem Zeitpunkt ihres Eintritts, es sei denn, daß die Parteien rückwirkende Kraft vereinbart haben (§ 159).

---

[12]) Denn der Verkäufer hat das zur Leistung seinerseits Erforderliche gethan (§ 243 Abs. 2). Die abgesandte Sache muß aber eine Sache mittlerer Art und Güte sein, sonst sind die Voraussetzungen des § 243 Abs. 2 (das zur Leistung einer „solchen" Sache Erforderliche) nicht erfüllt, und die Gefahr ist nicht übergegangen. Vergl. Planck Anm. 3 zu § 447. Auch hat der Verkäufer nicht eher das seinerseits Erforderliche gethan, als er die zu übergebenden Sachen ausgeschieden hat. Soll die Ausscheidung erst später erfolgen, z. B. erst am Bestimmungsorte (z. B. A. hat von derselben Waare 1000 Kilo an B. und 2000 Kilo an C. verkauft und versendet nach dem Orte, an dem B. und C. wohnen, 3000 Kilo ungetrennt), so geht die Gefahr nicht vor der Ausscheidung über. Vergl. ROHG. Bd. 22 S. 285, 23 S. 145. Staub Exkurs zu § 382 Anm. 51. A. M. Oertmann Anm. 5a zu § 243, Cosack I S. 396 unter 7.

[13]) So besonders ALR. §§ 117 ff., I 11. Vergl. ferner die Nachweise in M. II S. 324 Anm. 1.

[14]) Die Bestimmungen des Gesetzes über den Uebergang der Gefahr, der Nutzungen und Lasten sind nur dispositiv. Rücksichtlich der Nutzungen und Lasten werden insbesondere bei Grundstücken häufig abweichende Vereinbarungen getroffen, auch stillschweigend. Z. B. A. verkauft dem B. am 1. Dezember sein Grundstück, sie vereinbaren, daß die Auflassung binnen drei Tagen, die Uebergabe aber erst am 1. Januar erfolgen solle. In diesem Falle wird anzunehmen sein, daß trotz der am 3. Dezember erfolgten Eintragung des B. als Eigenthümers die Nutzungen und Lasten erst mit dem 1. Januar übergehen sollen. Vergl. Prot. II S. 61.

[15]) Vergl. M. II S. 324, Leske S. 191 II, Dernburg II § 169 unter V.

[16]) Fällt die aufschiebende Bedingung aus, so ist, da ein Uebergang der Gefahr überhaupt nicht stattgefunden hat, der Käufer zur Zahlung des Kaufpreises nicht verpflichtet, wenn er auch die Sache infolge des zufälligen Unterganges nicht zurückgeben kann. Hat er den Kaufpreis bereits bezahlt, so kann er ihn zurückfordern. Ebenso liegt es, wenn bei einem auflösend bedingten Kaufe die Bedingung eintritt.

Wird bei einem auflösend bedingten Kaufe die Sache übergeben, so geht die Gefahr sofort über.

II. Ersatzanspruch des Verkäufers wegen Verwendungen. § 450.

1. Aus der Verpflichtung des Verkäufers, dem Käufer die Sache zu übergeben, folgt zugleich seine Pflicht, für die Erhaltung und Aufbewahrung der Sache zu sorgen.[17]) Handelt er hierbei fahrlässig, so hat er dies dem Käufer gegenüber zu vertreten. Aufwendungen, die er zur Erhaltung der Sache macht, kann er somit nicht ersetzt verlangen. Anders liegt es, wenn vor der Uebergabe die Gefahr bereits auf den Käufer übergegangen ist, was, wie dargethan ist, außer in Folge besonderer Vereinbarung, auf Grund des § 446 Abs. 2 und des § 447 vorkommen kann.[18]) In diesem Falle ist, da der zufällige Untergang oder die zufällige Verschlechterung der Sache den Käufer treffen würde, der Verkäufer, der die Sache noch nicht übergeben hat, gewissermaßen vom Käufer beauftragt,[19]) für die Erhaltung und Verwahrung der Sache zu sorgen. Er kann in Folge dessen für die zur Erhaltung der Sache nothwendigen Verwendungen, die er in der Zeit zwischen dem Uebergange der Gefahr und der Uebergabe gemacht hat, Ersatz wie ein Beauftragter verlangen (§ 450 Abs. 1). Es kommen die Vorschriften über den Auftrag, insbesondere die des § 670, zur Anwendung.

2. Für sonstige Verwendungen, also für diejenigen, welche der Verkäufer nach dem unter 1 Gesagten nicht selbst zu tragen hat und die er auch nicht als Beauftragter ersetzt verlangen kann, kann er Ersatz nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag beanspruchen (§ 450 Abs. 2). Hierunter fallen insbesondere alle blos nützlichen Verwendungen. Inwieweit also der Verkäufer hierfür Ersatz verlangen kann, entscheidet sich nach den §§ 683, 684, 685[20]).

III. Aus der Verpflichtung des Verkäufers zu Uebergabe folgt seine Pflicht, §§ 448, 449. die Kosten der Uebergabe, aus der Verpflichtung des Käufers zur Abnahme dessen Pflicht, die Kosten der Abnahme zu tragen. Die Kosten des Transports fallen demgemäß, wenn dieser nach dem Erfüllungsort erfolgt, dem Verkäufer, wenn er nach einem anderen Orte erfolgt, dem Käufer zur Last (§ 448 Abs. 1). Bei einem Grundstückskaufe hat der Käufer die Kosten der Auflassung, seiner Eintragung als Eigenthümer sowie die Kosten der Beurkundung des Kaufvertrags zu tragen (§ 449)[21]). Diese von dem Prinzipe des

[17]) Der Art. 343 Abs. 1 HGB., der dies besonders aussprach, ist als überflüssig gestrichen. (Denkschrift zum HGB. S. 221.)

[18]) Für den Fall des Annahmeverzugs des Käufers kommt noch die Bestimmung des § 304 zur Anwendung.

[19]) Die Fassung des Gesetzes: wie wenn der Käufer „ihn mit der Verwaltung der Sache beauftragt hätte", schließt sich an die im ALR. § 118 I 11 für den Kauf in Pausch und Bogen, — bei dem die Gefahr vor der Uebergabe übergeht, also die gleiche Voraussetzung vorliegt, wie im § 450, — gegebene Vorschrift an. Vergl. Prot. II S. 65. — Im Falle des § 447 muß also die Kosten der Erhaltung der Sache auf dem Transporte, z. B. der Bearbeitung des Getreides, der Fütterung des verkauften Thieres (vergl. Cosack I S. 444) der Käufer tragen.

[20]) A. verkauft dem B. einen alten Koffer mit zerbrochenem Schlosse und läßt vor der Uebergabe das Schloß reparieren. Er kann die Kosten nur ersetzt verlangen, wenn B. den Koffer zum Gebrauche für sich gekauft hat, denn dann entspricht die Ausbesserung des Schlosses dem Interesse und dem muthmaßlichen Willen des Käufers (§ 683). Ist B. dagegen ein Trödler, der den alten Koffer weiterverkaufen will, so hat A. gegen ihn nur einen Bereicherungsanspruch aus § 684.

[21]) Die in den §§ 448, 449 über die Kosten beim Verkauf eines Rechtes gegebenen Vorschriften ergeben sich aus diesen Grundsätzen.

§ 448 abweichende Regelung berücksichtigt die bei Grundstücken bestehende Verkehrssitte[22]).

§ 451. IV. Analoge Anwendungen.

1. Die Grundsätze über den Uebergang der Gefahr, der Nutzungen und der Lasten (§§ 446, 447), über die Erstattung von Verwendungen (§ 450) und über die Kostentragung (§§ 448, 449) finden beim Verkaufe des Rechtes an einer Sache, das zum Besitze der Sache berechtigt[23]), entsprechende Anwendung (§ 451). Handelt es sich also um ein Recht an einem Grundstücke (z. B. den Nießbrauch), so geht die Gefahr des Unterganges oder der Verschlechterung mit der Uebergabe des Grundstücks oder mit der vor dieser erfolgenden Eintragung des Rechtes über.

2. Die §§ 446—460 gelten an sich nur für den Kauf von Sachen und (nach § 451) von Rechten, die zum Besitz einer Sache berechtigen. Ihre analoge Anwendung auf den Verkauf anderer Gegenstände ist jedoch nicht ausgeschlossen. Uebrigens führt, soweit es sich um den Einfluß des kasuellen Unterganges und somit der Unmöglichkeit der Erfüllung handelt, der allgemeine Grundsatz des § 323, wie bereits erwähnt ist, im Wesentlichen zu dem in dem § 446 ausgesprochenen Resultate.

3. Endlich sind die §§ 446—450 auf kaufähnliche Verträge entsprechend anzuwenden, wenn dies auch im Gesetze nicht besonders ausgesprochen ist. So wird beispielsweise anzunehmen sein, daß auch bei der Hingabe an Erfüllungsstatt (§ 364) die Gefahr nach den Grundsätzen der §§ 446, 447 übergeht.

§ 132. Gewährleistung wegen Mängel im Rechte[1]).

I. Allgemeines.

§ 445. 1. Die Gewährleistung wegen juristischer Mängel ist im BGB. nicht durch allgemeine Grundsätze für alle lästigen Verträge, sondern an erster Stelle für

---

[22]) Die Bestimmung, daß der Käufer die Kosten der Beurkundung des Vertrags zu tragen hat, ist nur für den Kauf eines Grundstücks und den Kauf eines Rechtes an einem Grundstücke gegeben und darf auf Käufe anderer Gegenstände und auf andere Verträge nicht angewendet werden. Aus dem § 426 ist vielmehr zu entnehmen, daß die Parteien, welche für die durch die Beurkundung eines Vertrags entstehenden Kosten nach § 427 als Gesammtschuldner haften, untereinander zu gleichen Antheilen verpflichtet sind. Hierbei wird man jedoch, wenn auf einer Seite mehrere Personen sind, diese als eine Partei anzusehen haben (z. B. durch notariellen Vertrag verkauft A. ein Patent an B. und C., über die Kosten des Vertrags ist nichts vereinbart. Dem Notar haften A., B. und C., als Gesammtschuldner, untereinander tragen A. die eine, B. und C. die andere Hälfte der Kosten, vergl. Prot. II S. 68, 69). Dasselbe Prinzip gilt für die im § 449 nicht erwähnten Kosten z. B. Stempelkosten, Abgaben (Umsatzsteuer). Vergl. Neumann Anm. 1 zu § 449: A. M. Dernburg (II § 172 unter V), nach welchem auch diese Kosten einer Verkehrsübung entsprechend der Käufer zu tragen hat. Soweit der Stempel Urkundsstempel ist, gehört er zu den Kosten der Beurkundung des Kaufes.

[23]) S. oben § 130 unter 4.

[1]) Das BGB. faßt im Gegensatze zum preußischen Rechte, welches die Gewährleistung wegen physischer und wegen juristischer Mängel von einem einheitlichen Gesichtspunkt aus behandelt (vergl. ALR. §§ 319 ff. I 5), aber in Uebereinstimmung mit dem gemeinen und französischen Rechte (vergl. M. II S. 212) beide Arten der Gewährleistung als zwei besondere, von einander durchaus verschiedene Rechtsinstitute auf. Es unterscheidet prinzipiell zwischen der Gewährleistung wegen Mängel im Rechte (§§ 434—444), unter welche sowohl die vollständige wie die theilweise Entwehrung fällt, und der Gewährleistung wegen Mängel, d. h. physischer Mängel, der Sache (§§ 459—492). Beide Arten der Gewährleistung sind in ihrem rechtlichen Inhalte von einander verschieden und es dürfen die Grundsätze der einen in keiner Weise auf die andere übertragen werden. Die Gewährleistungspflicht wegen

den Kauf geregelt worden[2]). Trotzdem haben die die Gewährleistungspflicht betreffenden Vorschriften eine allgemeine Bedeutung, sie gelten außer für den Kauf und den Tausch (§ 515) für alle Verträge, welche auf Veräußerung oder Belastung eines Gegenstandes gegen Entgelt gerichtet sind, also insbesondere für die Hingabe einer Sache an Erfüllungsstatt und die Theilung einer gemeinschaftlichen Sache (vergl. §§ 365, 757), für die Einräumung des Nießbrauchs und den entgeltlichen Verpfändungsvertrag[3]).

§ 443.

2. Die Vorschriften über die Gewährleistung wegen Mängel im Rechte haben nur einen dispositiven Charakter. Es kann die Haftung durch besondere Vereinbarung einerseits erweitert, andererseits beschränkt oder auch ganz erlassen werden. Beruht die Haftung auf besonderer vertraglicher Abrede, so kommen insoweit nicht die gesetzlichen Vorschriften über die Gewährleistungspflicht, sondern die allgemeinen Grundsätze über Vertragserfüllung zur Anwendung.[4]). Die Beschränkung oder der Erlaß der Haftung ist nichtig, wenn der Verkäufer einen ihm bekannten Mangel im Rechte dem Käufer arglistig, d. h. in der Absicht oder doch mit dem Bewußtsein, den Käufer zu täuschen, verschweigt (§ 443, vergl. § 476)[5]).

II. Der Inhalt der Gewährleistungspflicht.

§§ 433, 434.

1. Der Verkäufer hat in Gemäßheit der ihm im § 433 auferlegten Pflicht dem Käufer zunächst dafür aufzukommen, daß dieser Eigenthümer der verkauften Sache[6]) wird. Er muß ferner den verkauften Gegenstand dem Käufer frei von allen denjenigen Rechten verschaffen, welche ein Dritter gegen den Käufer geltend machen kann (§ 434). Hierunter fallen vor allem alle auf der verkauften Sache ruhenden dinglichen Rechte, insbesondere Grunddienstbarkeiten, Hypotheken, Grundschulden u. s. w., ferner ein an dem verkauften Rechte bestehendes Nießbrauchs- oder Pfandrecht. Von

---

Mängel im Rechte bezieht sich auf Sachen und Rechte (§ 434 „den verkauften Gegenstand"), die wegen physischer Mängel nur auf körperliche Sachen (§ 459 „der Verkäufer einer Sache"). Die Rechte bei der ersteren sind nicht, wie im preußischen Rechte, Wandelung und Minderung, sondern diejenigen, die bei Nichterfüllung gegeben sind: Anspruch auf Erfüllung, exceptio non impleti contractus, Schadensersatz wegen Nichterfüllung, Rücktritt vom Vertrage (§ 440 Abs. 1, §§ 320—327). Auf diese Ansprüche findet somit, wieder in einem bemerkenswerthen Gegensatze zum preußischen Rechte, nicht die kurze Verjährung der ädilizischen Klagen Anwendung.

[2]) Im Gegensatze zum E. I (vergl. M. II S. 212). Prot. I S. 653 geben als Grund dafür an, daß dadurch „die Anschaulichkeit, die Verständlichkeit und die praktische Handhabung des Gesetzes gewinnen werde".

[3]) Rücksichtlich unentgeltlicher Verträge vergl. § 523 (Schenkung) und § 1624 (Ausstattung). Eine besondere Regelung war ferner erforderlich bei Miethe und Pacht (§ 541), denn diese Verträge sind nicht auf die Belastung einer Sache gerichtet, da durch sie kein dingliches Recht begründet wird; ferner bei der Leihe (§ 600), beim Erbschaftskaufe (§ 2376 Abs. 1).

[4]) Vergl. M. II S. 212.

[5]) Die Fassung des § 443 (vergl. § 476) ist enger als die des § 380 E. I. Es genügt nicht, daß der Verkäufer den Mangel gekannt und verschwiegen hat, es wird vielmehr ein arglistiges Verschweigen verlangt. Steht jedoch fest, daß der Verkäufer einen ihm bekannten Mangel dem Käufer nicht mitgetheilt hat, so wird es seine Sache sein, zur Beseitigung der dadurch regelmäßig begründeten faktischen Vermuthung, daß er arglistig gehandelt habe, darzuthun, daß er die Mittheilung etwa deswegen unterlassen habe, weil er anzunehmen berechtigt war, der Käufer habe den Mangel gekannt oder lege aus gewissen Gründen auf diesen Mangel kein Gewicht. Vergl. auch Dernburg II § 180 unter V, Staub Anm. 125 zu § 377.

[6]) Bei dem Einflusse, den der gute Glaube auf den Eigenthumserwerb hat (§§ 892, 932 ff.), wird dieser Erfolg in zahlreichen Fällen auch dann eintreten, wenn der Verkäufer nicht Eigenthümer war. Es genügt, wenn der Käufer Eigenthümer wird; ob der Verkäufer Eigenthümer war, ist gleichgültig.

persönlichen Rechten [7]) die hinsichtlich einer Sache bestehen, kommen nur die Miethe und die Pacht eines Grundstücks in Betracht, da diese in Gemäßheit der §§ 571, 581 auch gegen den Käufer geltend gemacht werden können.

§ 435. 2. Außer der Verpflichtung, bestehende Rechte zu beseitigen, liegt bei dem Verkauf eines Grundstücks oder eines Schiffes oder eines Rechtes an einem Grundstück oder einem Schiffe dem Verkäufer die Pflicht ob, Rechte, die nicht bestehen, aber im Grundbuch oder im Schiffsregister eingetragen sind, auf seine Kosten zur Löschung zu bringen, wenn das Recht, falls es bestände, das Recht des Käufers beeinträchtigen würde (§ 435). Die Bestimmung kommt sowohl zur Anwendung, wenn das eingetragene Recht, etwa in Ermangelung einer wirksamen Einigung, überhaupt nicht entstanden ist, als auch, wenn es nicht mehr besteht. [8])

§ 437. 3. Der Verkäufer einer Forderung [9]) oder eines anderen Rechtes, z. B. eines Patentrechts, hat dem Käufer für den rechtlichen Bestand der Forderung oder des Rechtes aufzukommen. Diese Verpflichtung des Verkäufers tritt immer dann ein, wenn das Recht zur Zeit seiner Uebertragung auf den Käufer [10]) nicht bestand, gleichgültig, ob es überhaupt nicht entstanden oder ob es erloschen ist, ferner dann, wenn seiner Geltendmachung eine Einrede, insbesondere eine peremtorische entgegensteht, denn auch eine solche Einrede berührt die rechtliche Integrität der Forderung. [11]) Es tritt somit bei dem Verkauf einer nicht bestehenden Forderung, deren Verschaffung also dem Verkäufer unmöglich ist, nicht in Gemäßheit des § 306 Nichtigkeit und allenfalls die beschränkte Schadensersatzpflicht aus § 307 ein, das Gesetz geht vielmehr davon aus, daß derjenige, welcher eine Forderung oder ein sonstiges Recht verkauft, die Garantie dafür übernimmt, daß das Recht besteht. Der Verkäufer haftet daher, auch wenn er die Nichtexistenz des Rechtes nicht gekannt hat, dem Käufer in Gemäßheit des § 440 für den Schaden [12]).

---

[7]) Ob unter § 434 auch persönliche Rechte fallen, kann nach dem Wortlaute des Gesetzes zweifelhaft sein. Denn „frei von Rechten" ist identisch mit „nicht belastet mit Rechten", und bei einem rein persönlichen Rechte kann man nicht sagen, der Gegenstand sei mit dem Rechte belastet. Der § 371 E. I unterschied schärfer: „daß nicht Rechte an der Sache, und daß auch nicht sonstige auf die Sache sich beziehende Rechte bestehen". (Vergl. M. II S. 214). Daß eine sachliche Aenderung dieser Bestimmung nicht beabsichtigt war, ergeben Prot I. S. 655. Vgl. ferner D. S. 87, Leske S. 185 unter B, Oertmann Anm. 1 Abs. 4 zu § 434.

[8]) Die Frage, ob das eingetragene Recht besteht oder nicht, wird praktisch meist unerheblich sein, denn im ersteren Falle muß der Verkäufer es nach § 434, im letzteren nach § 435 zur Löschung bringen. Trotz des § 442 wird also der Käufer das Bestehen des eingetragenen Rechtes nicht zu beweisen brauchen, es genügt, daß es eingetragen ist. Vergl. Planck Anm. 1 zu § 435.

[9]) Die Haftung des Zedenten für Verität und Bonität der Forderung folgt nicht aus der Zession, der Abtretung der Forderung, sondern aus dem der Uebertragung zu Grunde liegenden kausalen Rechtsgeschäfte. Die §§ 437, 438 finden Anwendung beim Verkauf und bei jedem auf entgeltliche Veräußerung oder Belastung einer Forderung gerichteten Vertrage (§ 445). Bei der Schenkung greifen die Vorschriften der §§ 521, 523, bei dem Vermächtniß einer Forderung die §§ 2169, 2170, 2173 Platz.

[10]) Vergl. über diesen Zeitpunkt unten unter 6 im Texte (S. 486).

[11]) Vergl. Dernburg II § 182 unter II.

[12]) Vgl. RG. Bd. 8 S. 107 ff. Eine dem § 425 I, 11 ALR. entsprechende Bestimmung, daß die Schadensersatzforderung des Zessionars sich nicht auf die Differenz zwischen dem Nominalbetrage der Forderung und der Zessionsvaluta erstrecken dürfe, ist dem BGB. fremd. Der Käufer kann vielmehr, wenn die Forderung sich als nicht zu Recht bestehend erweist, vom Verkäufer auch den entgangenen Gewinn ersetzt verlangen. Hat der Zessionar die Forderung unter dem Nominalbetrag erworben, so ist bei Berechnung des entgangenen Gewinns nicht schlechthin der Nominalbetrag der Forderung

4. Bei dem Verkauf eines Werthpapiers erstreckt sich die Haftung des Verkäufers ferner darauf, daß das Werthpapier nicht zum Zwecke der Kraftloserklärung aufgeboten ist (§ 437 Abs. 2).[13]) Aufgeboten ist das Werthpapier, wenn die öffentliche Bekanntmachung des Aufgebots (§ 948 CPO.) erfolgt ist.[14])

5. Eine Haftung für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners (die Bonität der Forderung) ist dem Verkäufer im BGB. nicht auferlegt.[15]) Eine solche Haftung kann nur auf besonderer Abrede beruhen, und wenn eine solche Abrede getroffen ist, so hat im Zweifel der Verkäufer nur dafür einzustehen, daß der Schuldner zur Zeit der Abtretung zahlungsfähig ist, so daß er für spätere Umstände, die die Zahlungsfähigkeit des Schuldners beeinträchtigt haben, nicht aufzukommen braucht (§ 438). **§ 438.**

6. Abgesehen von der Auslegungsregel des § 438 giebt das Gesetz keine Vorschrift darüber, welches der für die Haftung des Verkäufers maßgebende Zeitpunkt ist. Aus der Fassung und dem Zwecke des § 434 ergiebt sich, daß es nicht darauf ankommt, ob der verkaufte Gegenstand zur Zeit des Kaufabschlusses frei von Rechten Dritter ist, vielmehr muß diese Freiheit in demjenigen Zeitpunkte bestehen, in welchem der Verkäufer dem Käufer das Eigenthum an der Sache[16]) oder das Recht verschafft. Wie also einerseits von einer Gewährleistung keine Rede sein kann, wenn ein zur Zeit des Kaufabschlusses bestehendes Recht eines Dritten inzwischen beseitigt worden ist, so muß andererseits der Verkäufer für ein Recht aufkommen, das zwischen dem Kaufe und dem oben bezeichneten Zeitpunkt entstanden ist. — Beruht die Haftung des Ver-

---

zu Grunde zu legen, sondern es muß das, was er „mit Wahrscheinlichkeit erwarten konnte" (§ 252), unter Berücksichtigung der ganzen Sachlage, insbesondere der Vermögensverhältnisse des Schuldners, berechnet werden. Vergl. Prot. I S. 670. — Ist die Forderung ausdrücklich als zweifelhaft abgetreten, so wird hierin regelmäßig ein vertragsmäßiger Erlaß der Gewährleistung zu finden sein, so daß eine Haftung nur im Falle des § 443 eintritt. — Ueber den Erfüllungsort für die Schadensersatzpflicht des Verkäufers der Forderung vergl. RG. in JW. 1901 S. 640.

[13]) So auch für das frühere Recht RG. Bd. 5 S. 204 ff.

[14]) Dies ergiebt sich aus § 946 CPO., nach welchem das Aufgebot „eine öffentliche, gerichtliche Aufforderung zur Anmeldung von Ansprüchen" ist. Der Antrag und die Zulassung (§ 947 CPO.) bereiten das Aufgebot erst vor (vergl. Planck Anm. 2 zu § 437, Oertmann Anm. 4 zu § 437, Prot. I S. 655). Ist zu dem entscheidenden Zeitpunkte (vgl. hierüber oben im Texte unter 6) das Aufgebot noch nicht bekannt gemacht, so tritt eine Gewährleistungspflicht des Verkäufers nicht ein. Ist das Ausschlußurtheil bereits erlassen, so hat der Verkäufer seiner Verschaffungspflicht überhaupt noch nicht genügt und es greift § 433 Platz. Ist in Gemäßheit des § 1019 CPO. eine Zahlungssperre angeordnet, so liegt, da diese eine gerichtliche Verfügungsbeschränkung (vergl. §§ 135, 136) enthält, ein Fall des § 434 vor. Vergl. Planck a. a. O., Neumann Anm. 3 zu § 437, Prot. I S. 656. D. S. 88.

[15]) Im Gegensatze zum preußischen (§§ 427 ff. I 11 ALR.), aber in Uebereinstimmung mit dem gemeinen (Dernburg, Pandekten II § 52) und dem französischen Rechte (C. c. Art. 1694).

[16]) Bei dem Verkauf eines Grundstücks wird also nicht die Uebergabe, sondern lediglich die Auflassung entscheiden. Denn nach den §§ 433, 434 muß der Verkäufer dem Käufer Eigenthum, und zwar lastenfreies, verschaffen. Die Frage, ob das verschaffte Eigenthum lastenfrei ist, kann nur nach dem Zeitpunkte des Eigenthumsüberganges beurtheilt werden. Daß die Gefahr mit der der Auflassung vorhergehenden Uebergabe auf den Käufer übergeht, kann hier nicht ins Gewicht fallen. Hat der Verkäufer nur übergeben, aber noch nicht aufgelassen, so steht es noch dahin, ob er Eigenthum, also auch ob er lastenfreies Eigenthum verschaffen wird. Vergl. Cosack S. 412 unter 4, Neumann Anm. 4 zu § 437 (der jedoch zu Unrecht den Zeitpunkt des § 446 entscheiden läßt), ferner Schollmeyer a. a. O. S. 10. A. M. Planck zu § 437, Oertmann Anm. 1 zu § 437. In der zweiten Kommission sind verschiedene Ansichten hervorgetreten, vergl. Prot. I S. 656.

käufers auf einer besonderen Abrede der Parteien, so ist es Sache der Auslegung, zu welchem Zeitpunkte die Freiheit von Mängeln im Rechte vorliegen müsse.

7. Ausnahmsweise ist der Verkäufer von der Gewährleistungspflicht in folgenden Fällen frei:

§ 439. a) Wenn der Käufer den Mangel im Rechte beim Abschlusse des Kaufes kennt, so braucht der Verkäufer diesen Mangel nicht zu vertreten (§ 439 Abs. 1). Nur die — vom Verkäufer zu beweisende — wirkliche Kenntniß des Käufers befreit den Verkäufer von der Gewährleistung, nicht auch die selbst auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntniß; auch der Umstand, daß die Last in das Grundbuch eingetragen ist, ersetzt die Kenntniß des Käufers nicht. Woher der Käufer die Kenntniß erlangt hat, ist gleichgültig. Eine Anzeigepflicht ist dem Verkäufer nicht auferlegt. — Kennt der Käufer nicht beim Abschlusse des Kaufes, sondern bei der Vornahme des dinglichen Erfüllungsvertrags — der Uebertragung des Eigenthums, der Abtretung — einen Mangel im Rechte, so befreit diese Kenntniß den Verkäufer in der Regel von der Gewährleistung nicht; im Gegensatze zu der bei der Gewährleistung wegen Mängel der Sache im § 464 gegebenen Vorschrift ist ein Vorbehalt der Rechte nicht erforderlich. — Eine Ausnahme bildet die Belastung der Sache mit einem Pfandrecht, einer Hypothek, einer Grundschuld oder einer Rentenschuld. Diese Rechte und ebenso eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Bestellung eines solchen Rechtes muß der Verkäufer auch bei Kenntniß des Käufers beseitigen, es sei denn, daß der Käufer diese Lasten übernommen hat (§ 439 Abs. 2). Abgesehen von dieser Ausnahme befreit die Kenntniß des Käufers von irgend einem Mangel (§§ 433—435, 437) den Verkäufer von der Gewährleistung für diesen Mangel[17]. Weiß also der Käufer, daß der Verkäufer nicht Eigenthümer der verkauften Sache ist, so kann er auch nicht die Verschaffung des Eigenthums (§ 433) verlangen[18], es sei denn, daß der Verkäufer durch besondere — ausdrückliche oder stillschweigende — Abrede sich dazu verpflichtet hat, wie denn die Vorschrift des § 439 überhaupt sich nur auf die gesetzliche, nicht auf die auf besonderer Parteiabrede beruhende Gewährleistungspflicht bezieht[19].

§ 436. b) Auf demselben Gedanken wie die Vorschrift des § 439 beruht die Bestimmung, daß der Verkäufer nicht dafür haftet, daß das Grundstück[20]) von öffentlichen Abgaben und von anderen zur Eintragung in das Grundbuch nicht geeigneten öffentlichen Lasten[21]) frei ist (§ 436)[22]. Denn der Käufer kann auf

---

[17]) Vergl. Planck Anm. 1 zu § 439.

[18]) Cosack (I S. 412 a) nimmt in diesem Falle an, daß der Käufer fordern könne, daß der Verkäufer sich bemüht, ihm die Kaufsache zu verschaffen, aber rechtlos sei, wenn die Bemühungen des Verkäufers erfolglos bleiben. Eine solche Verpflichtung des Verkäufers liegt jedoch nur dann vor, wenn aus den Umständen zu entnehmen ist, daß er sie übernommen hat; aus dem Gesetze folgt sie nicht.

[19]) Vergl. Prot. I S. 659. Neumann Anm. 2 zu § 439.

[20]) Bei beweglichen Sachen, z. B. bei Schiffen und Rechten, muß der Verkäufer auch für die Freiheit von öffentlichen Abgaben aufkommen. Vergl. M. II S. 215.

[21]) Welche Lasten hierzu gehören, entscheidet sich, da es sich um eine Frage des öffentlichen Rechtes handelt, nach Landesrecht. Nach Art. 11 des preußischen Ausführungsgesetzes zur GBO. sind von der Eintragung ausgeschlossen die öffentlichen Lasten, welche bei der Zwangsversteigerung und der Zwangsverwaltung den Rechten am Grundstück im Range vorgehen (vergl. § 10 Abs. 1 Nr. 3 des ZVG.). Welches diese Rechte sind, ist in den Art. 1 und 2 des preuß. Ausführungsgesetzes zum ZVG. bestimmt. Auf diese Rechte also bezieht sich die Vorschrift des § 436. Die preußischen Rentenbankrenten fallen nicht unter die Vorschrift des § 436. RG. in JW. 1902 S. 69.

[22]) Die drei Arten von Lasten eines Grundstücks, die das ALR. unterscheidet, nämlich a) gemeine Lasten, die der Verkäufer nicht zu vertreten braucht (§ 175 I 11), b) Dienst-

die Freiheit des Grundstücks von derartigen im öffentlichen Rechte begründeten Lasten nicht rechnen. Selbstverständlich ist, daß der Verkäufer dann haftet, wenn er die Gewährleistung übernommen oder das Bestehen der Last wider besseres Wissen in Abrede gestellt hat.

c) Die Gewährleistung wegen Mängel im Rechte ist ferner ausgeschlossen, wenn ein Gegenstand des beweglichen Vermögens auf Grund der Pfändung veräußert wird (§ 806 CPO.), wobei es gleichgültig ist, ob eine Versteigerung oder eine Verwerthung in anderer Weise (§§ 825, 857 CPO.) stattgefunden hat. Bei der Zwangsversteigerung von Grundstücken ist nach § 56 Satz 3 ZVG. jede Gewährleistung rücksichtlich des Grundstücks und der mitversteigerten Gegenstände ausgeschlossen [23]).

§ 133. Die Ansprüche des Käufers aus der Gewährleistungspflicht des Verkäufers.

§ 440—442.

1. Wenn der Verkäufer die ihm obliegenden Verpflichtungen nicht erfüllt, so hat der Käufer gegen ihn diejenigen Ansprüche, welche in diesem Falle bei einem jeden gegenseitigen Vertrage dem Berechtigten zustehen (§ 440 Abs. 1). Der Käufer ist also vor allem berechtigt, in jedem Falle auf Erfüllung der dem Verkäufer in den §§ 433—437, 439 auferlegten Verpflichtungen zu klagen. Da der Verkäufer einer Sache nach § 433 außer zur Uebergabe auch zur Verschaffung des Eigenthums verpflichtet ist, so kann der Käufer auf Verschaffung des Eigenthums auch dann klagen, wenn der Verkäufer im Uebrigen seine Verpflichtungen erfüllt, insbesondere die Sache übergeben hat. Ebenso steht dem Käufer einer Forderung, selbst wenn diese ihm formell übertragen ist, die Klage auf Verschaffung der Forderung zu. Zur Begründung dieser Klage hat der Käufer zu beweisen, daß er das Eigenthum an der Sache resp. die Forderung nicht erlangt hat (§ 442).

2. Sodann steht dem Käufer nach Maßgabe der §§ 320—322 der Einwand des nicht erfüllten Vertrags zu, wieder unabhängig davon, ob der Verkäufer im Uebrigen seinen Verpflichtungen nachgekommen ist. Der Käufer kann also die Bezahlung des Kaufpreises auch dann verweigern, wenn ihm die Sache übergeben, ihm aber nicht das Eigenthum an ihr verschafft worden ist, wofür auch in diesem Falle ihn die Beweislast trifft (§ 442) [1]). Daß dem Käufer

---

barkeiten und nicht gemeine Abgaben und Lasten, die er vertreten muß, wenn er sie nicht dem Käufer angezeigt hat (§ 183 I 11) und c) Privatschulden, die er immer vertreten muß (§ 184 I 11), sind sonach auch nach dem BGB. zu unterscheiden. Erwägt man noch, daß rücksichtlich der zu b erwähnten Lasten das Ober-Tribunal (Bd. 36 S. 59) entschieden hat, daß der Anzeige durch den Verkäufer die sonstige zuverlässige Kenntniß des Käufers gleichsteht, so ergiebt sich, daß ALR. und BGB. in dieser Lehre im Wesentlichen übereinstimmen.

[23]) Das ergiebt sich für Mängel im Rechte auch aus den Vorschriften über den Eigenthumserwerb am Grundstück und an den mitversteigerten Gegenständen (§§ 90, 91 ZVG.).

[1]) Da jedoch in einem derartigen Falle der Verkäufer theilweise geleistet hat, so kann unter Umständen § 320 Abs. 2 Anwendung finden. So wäre es z. B. gegen Treu und Glauben, wenn der Käufer eines Grundstücks die Zahlung des ganzen Kaufpreises verweigern wollte, weil das Grundstück, obwohl es ihm übergeben und aufgelassen ist, mit einer geringfügigen Hypothek belastet ist (§ 439 Abs. 2), oder weil der Verkäufer ein unbedeutendes, zwar nicht bestehendes, aber noch im Grundbuch eingetragenes Recht nicht zur Löschung gebracht hat (§ 435). A. M. Cosack I S. 415 IV, vergl. oben § 96 Anm. 13. — Zu beachten ist ferner die abweichende Regelung der Beweislast. Macht der Käufer geltend, die Sache sei ihm nicht übergeben, so trifft die Beweislast den Verkäufer (§ 320 Abs. 1), macht er geltend, es sei ihm das Eigenthum nicht verschafft oder der Gegenstand sei nicht frei von Rechten (§ 434), so trifft die Beweislast ihn (§ 442).

in Folge des Mangels im Rechte die Entwehrung droht, ist keine Voraussetzung seines Rechtes, die Bezahlung des Kaufpreises zu verweigern[2]). Die Gewährleistung wegen Mängel im Rechte ist in der Regel nicht davon abhängig, daß das Recht des Dritten mit Erfolg geltend gemacht, daß Entwehrung erfolgt ist[3]). Eine Ausnahme tritt nur für den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung und auch nur bei beweglichen Sachen ein (§ 440 Abs. 2). Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags ist bei einem Mangel im Rechte immer ohne jede weitere Voraussetzung gegeben.

3. Es kommen ferner die §§ 323—325 zur Anwendung. Wird also dem Verkäufer die Rechtsverschaffung oder die Beseitigung der Last unmöglich, so treten diejenigen Folgen ein, die in den erwähnten Bestimmungen für den Fall einer theilweisen Unmöglichkeit[4]) vorgeschrieben sind. Beruht diese theilweise Unmöglichkeit auf einem vom Verkäufer zu vertretenden Umstande, so steht dem Käufer außer anderen Rechten ein Schadensersatzanspruch wegen Nichtleistung des unmöglichen Theiles zu. Er kann ferner, wenn die theilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat, nach den §§ 325 Abs. 1 Satz 2, 280 Abs. 2 unter Ablehnung des noch möglichen Theiles Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrags fordern oder von dem ganzen Vertrage zurücktreten.[5]) Dieselben Rechte stehen dem Käufer im Falle des Verzugs des Verkäufers nach Maßgabe der Vorschriften des § 326 zu. Für den Schadensersatzanspruch, mag er nun rücksichtlich des ganzen Vertrags oder nur rücksichtlich des nicht erfüllten Theiles des Vertrags geltend gemacht werden, tritt die Ausnahme des § 440 Abs. 2—4 ein.

4. Die Ausnahme-Vorschriften des § 440 Abs. 2—4.

Es ist bereits erwähnt, daß das BGB. die Gewährleistungsansprüche des Käufers von der Entwehrung, d. h. davon, daß der Dritte sein Recht mit Erfolg gegen den Käufer geltend gemacht hat, nicht abhängig macht. Damit jedoch der Käufer einer beweglichen Sache, der diese übergeben erhalten hat und ungestört besitzt und nutzt, nicht außerdem noch Schadensersatzansprüche gegen den Verkäufer wegen eines Mangels im Rechte geltend mache, obwohl der

---

[2]) Auch braucht er nicht, wie im preußischen Rechte (ALR. § 222 I 11), den Kaufpreis zu hinterlegen, und ebensowenig kann der Verkäufer, wenn er seinerseits Sicherheit leistet, die sofortige Bezahlung des Kaufpreises verlangen. Andererseits ist der Umstand, „daß Gewährsmängel oder Ansprüche eines Dritten an die Sache . . . . . zum Vorschein kommen" (ALR. § 222 I 11, sog. drohende Eviktion, evictio imminens) nach dem BGB. bedeutungslos. Der Käufer muß das Vorhandensein eines Mangels positiv beweisen, sonst wird er zur Zahlung des Kaufpreises verurtheilt.

[3]) Im Gegensatze zum preußischen (ALR. §§ 143—148 I 11, vergl. Leske S. 186), gemeinen (Dernburg Pand. II § 99) und französischen Rechte (C. c. Art. 1626, 1640).

[4]) Um eine solche nur theilweise Unmöglichkeit wird es sich beim Vorhandensein eines Mangels im Rechte der verkauften Sache in der Regel handeln. Die §§ 323 ff. scheiden die Fälle, daß „die aus dem Vertrage dem einen Theile obliegende Leistung", d. h. die ganze Leistung unmöglich wird, und daß nur eine theilweise Unmöglichkeit vorliegt, vergl. oben § 97. Die aus dem Kaufe dem Verkäufer obliegende Leistung ist die Pflicht zur Uebergabe und zur Rechtsverschaffung. Hat also der Verkäufer übergeben, aber nicht das Recht oder nicht lastenfreies Recht verschafft, so hat er theilweise geleistet. Beim Verkauf eines Rechtes stellt die Nichtverschaffung des Rechtes vollständige Nichterfüllung dar. Anders wieder, wenn ein zum Besitz einer Sache berechtigendes Recht Gegenstand des Kaufes ist (§ 433 Abs. 1). Vergl. Planck Anm. 4 zu § 440, Dernburg II § 181 Anm. 1.

[5]) Das Recht, vom ganzen Vertrage zurückzutreten, wird dem Verkäufer insbesondere dann nicht zustehen, wenn die Last, deren Beseitigung dem Verkäufer unmöglich ist, nur eine unbedeutende ist (vergl. oben Anm. 1, Planck Anm. 4 zu § 440).

dritte Berechtigte nichts gegen ihn unternimmt, schreibt das Gesetz für diesen Fall eine Ausnahme vor.

a) Die Voraussetzungen dieser Ausnahme sind:

α) Es muß der Kauf einer beweglichen Sache oder eines Rechtes an einer solchen, welches den Käufer zum Besitze der Sache berechtigt (§ 441, z. B. Pfandrecht § 1250), vorliegen. Dem Käufer eines Grundstücks oder eines nicht unter § 441 fallenden Rechtes steht beim Vorhandensein eines Mangels im Rechte der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung ohne jede weitere Voraussetzung auch dann zu, wenn der Verkäufer sonst alles gethan hat, was zur Verschaffung des Eigenthums oder des Rechtes erforderlich ist[6]).

β) Es muß die Sache dem Käufer zum Zwecke der Eigenthumsübertragung übergeben worden sein. Hierin liegt der Grund der Ausnahme. Denn im Wesentlichen hat dann der Käufer erlangt, was er durch den Kauf erreichen wollte: den Besitz und den Gebrauch der Sache.

γ) Der Mangel im Rechte muß in dem Rechte eines Dritten bestehen, kraft dessen dieser den Besitz der Sache vom Käufer verlangen könnte, z. B. Eigenthum, Pfandrecht, Nießbrauch, so daß die Wirkung des Mangels, wenn der Dritte sein Recht geltend machte, sich darin äußern würde, daß dem Käufer der Besitz der Sache entzogen würde.

b) Liegen diese Voraussetzungen vor, so trifft die dann eintretende Ausnahme nur den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Die sonstigen Rechte des Käufers: der Anspruch auf Erfüllung, die Verweigerung der Gegenleistung, der Rücktritt vom Vertrage, sind nicht an die Bedingungen geknüpft, von denen der Schadensersatzanspruch nach § 440 Abs. 2—4 abhängig gemacht ist.

c) Das Recht des Käufers auf Schadensersatz hingegen ist nur beim Vorhandensein einer der nachfolgenden Voraussetzungen gegeben.

α) Der Käufer muß die Sache dem Dritten mit Rücksicht auf sein Recht herausgegeben haben. Daß das Recht des Dritten gerichtlich festgestellt worden ist, ist keine Voraussetzung des Schadensersatzanspruchs, auch braucht der Käufer, wenn der Dritte gegen ihn Klage erhebt, dem Verkäufer nicht den Streit zu verkünden. Giebt der Käufer die Sache dem Dritten freiwillig heraus, so hat er, wenn er vom Verkäufer Schadensersatz verlangt, zu beweisen, daß das Recht des Dritten bestand, daß er also zur Herausgabe verpflichtet war (§ 442). Läßt es der Käufer auf einen Prozeß ankommen und verkündet

---

[6]) Der Käufer einer Forderung kann somit Schadensersatz wegen mangelnder Verität vom Verkäufer verlangen, ohne daß er vorher gegen den Schuldner geklagt zu haben braucht. Für das preuß. Recht ist das Gegentheil angenommen in Entsch. des O. Tr. Bd. 74 S. 240 (vergl. Rehbein, Entsch. Bd. 2 S. 280 ff.), dagegen Eccius I § 86 Anm. 50 und § 99 Anm. 137. — Eine analoge Anwendung des § 440 Abs. 2—4 auf Grundstücke, welche Cosack I S. 415 unter 4 wenigstens zum Theil für geboten erachtet, erscheint ausgeschlossen, da das Gesetz die Ausnahme ausdrücklich auf bewegliche Sachen einschränkt, und da bei Grundstücken auch von einer Uebergabe zum Zwecke der Eigenthumsübertragung nicht die Rede sein kann. Der Käufer, der das Grundstück zwar übergeben, aber nicht übereignet erhalten hat, kann Schadensersatz, wenn die Voraussetzungen für diesen Anspruch nach den §§ 323—327 vorliegen, unabhängig von den Vorschriften des § 440 Abs. 2—4 verlangen. Verlangt er wegen des erwähnten Mangels Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrags, so folgt seine Verpflichtung zur Zurückgewährung des Grundstücks — mit den in der Lehre vom Rücktritte §§ 346—356 gegebenen Modalitäten, — aus den §§ 325, 326, 280 Abs. 2. Daß, wie Cosack a. a. O. meint, bei dem unbedingten Schadensersatzanspruche der Verkäufer sich auf Kosten des Käufers rechtlos bereichern könnte, ist hiernach ausgeschlossen.

er dem Verkäufer den Streit (§ 72 CPO.), so greifen die Vorschriften der §§ 74 Abs. 3, 68 CPO. Platz.[7]) Die Kosten des Eviktionsprozesses gehören zu dem Schaden, den der Verkäufer dem Käufer erstatten muß.

β) Der Herausgabe der Sache an den Dritten steht es gleich, wenn der Dritte Erbe des Käufers oder der Käufer Erbe des Dritten geworden ist, ferner, wenn der Käufer das Recht des Dritten auf eine andere Weise, sei es unter Lebenden oder von Todeswegen (z. B. auf Grund eines Vermächtnisses), sei es entgeltlich oder unentgeltlich erworben hat, und endlich, wenn der Käufer den Dritten abgefunden hat. In allen diesen Fällen hat der Käufer den Genuß der Sache nicht in Folge des Kaufes und der Ueberlassung der Sache durch den Verkäufer, sondern in Folge des anderweiten Erwerbes, so daß der fortgesetzte Genuß der Sache der Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs nicht entgegensteht.

γ) Der Schadensersatzanspruch kann ferner vom Käufer geltend gemacht werden, wenn er die Sache dem Verkäufer zurückgewährt oder wenn er, falls ihm gegen einen Dritten ein obligatorischer oder dinglicher Anspruch auf Herausgabe der Sache zusteht (z. B. er hat die Sache vermiethet, verliehen oder sie ist ihm gestohlen worden), dem Verkäufer den Herausgabeanspruch (gegen den Miether, den Entleiher oder den Dieb) abtritt.

δ) Endlich steht dem Käufer der Schadensersatzanspruch zu, wenn die Sache untergegangen ist. Es macht hierbei für die Zulässigkeit des Schadensersatzanspruchs keinen Unterschied, ob die Sache durch Zufall oder durch Verschulden des Käufers, ob sie bei diesem oder bei einem Dritten untergegangen ist. Trifft den Käufer beim Untergange der Sache ein Verschulden, so kommt § 254 zur Anwendung[8]). Hat der Käufer die Sache weiterverkauft und ist sie bei dem zweiten Käufer untergegangen, so kommt der Kaufpreis, den der Käufer beim Weiterverkauf erhalten hat, von seiner Schadensersatzforderung in Abzug, denn insoweit ist ihm ein Schaden nicht erwachsen.[9])

§ 134. Gewährleistung wegen Mängel der Sache. Die Voraussetzungen der Gewährleistung.

§ 493. I. Auch die Gewährleistung wegen Mängel der Sache behandelt das BGB. zunächst nur für den Kauf. Aber auch diese Vorschriften haben einen allgemeinen Charakter.[1]) Sie kommen bei allen Verträgen zur Anwendung, die auf Veräußerung oder Belastung einer Sache gegen Entgelt gerichtet sind (§ 493), also auch beim Tausche (§ 515), bei der Hingabe einer Sache an Erfüllungsstatt

[7]) Unterläßt der Käufer die Streitverkündung, so verliert er dadurch zwar seine Ansprüche gegen den Verkäufer nicht, er verliert aber die durch § 68 CPO. gegebenen Vortheile: der Verkäufer kann ihm sowohl entgegenhalten, daß der Prozeß unrichtig entschieden, als daß er mangelhaft geführt sei.

[8]) Vergl. Planck Anm. 5c zu § 440.

[9]) Der Umstand allein, daß der Käufer über die Sache verfügt hat, beseitigt seine Schadensersatzforderung nicht, diese ist aber von den Voraussetzungen des § 440 abhängig. Z. B.: Eine Sache, die X. verloren hat, verkauft A. an B., B. verkauft und übereignet sie an C. B. kann wegen des mangelnden Eigenthums (§ 935) Schadensersatz nur fordern, wenn X. die Sache auf Grund seines Eigenthums zurückerhalten hat, z. B. wenn X. mit der Vindikation gegen C. durchgedrungen ist, — denn der Herausgabe der Sache durch B. muß die Herausgabe durch seinen Rechtsnachfolger C. gleichstehen — oder wenn B., nachdem er die Sache von C. zurückerhalten, sie dem A. zurückgiebt, oder endlich, wenn die Sache untergegangen ist.

[1]) Vergl. oben § 132 unter 1.

(§ 365), der Theilung einer gemeinschaftlichen Sache (§ 757), dem Vergleiche, der Einräumung des Nießbrauchs, dem Verpfändungsvertrage; nicht dagegen bei der Schenkung und der Ausstattung, ferner nicht bei Miethe, Pacht und Leihe, da diese Verträge nicht auf Belastung einer Sache gerichtet sind, ebenso nicht beim Werkvertrage, da er nicht auf Veräußerung einer Sache, sondern auf Herstellung eines Werkes gerichtet ist (§ 631). Bei allen diesen Verträgen hat die Gewährleistung eine besondere Regelung erfahren.

II. Der Verkäufer der Sache haftet kraft des Kaufvertrags sowohl für ausdrücklich vorbedungene, wie für gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften. § 459.

1. Seine Haftung erstreckt sich zunächst auf die zugesicherten Eigenschaften (§ 459 Abs. 2). Ob eine wirkliche verbindliche Zusicherung einer Eigenschaft oder nur eine allgemeine Anpreisung vorliegt, ist nach der Lage des einzelnen Falles zu entscheiden[2]). Um eine zugesicherte Eigenschaft handelt es sich jedoch nur dann, wenn eine Eigenschaft in Frage steht, auf welche der Käufer ohne die besondere Zusicherung nicht rechnen konnte. Das bloße Versprechen, daß die Sache diejenigen Eigenschaften habe, die sie schon nach gesetzlicher Vorschrift (§ 459 Abs. 1) haben muß, macht die Eigenschaften nicht zu zugesicherten im Sinne des Gesetzes[3]).

2. Der Verkäufer haftet ferner, auch ohne jede Zusicherung, dem Käufer:

a) für Fehler der Sache, die ihren Werth, d. h. ihren gemeinen Verkehrswerth, beeinträchtigen, wenn sie auch ihre Tauglichkeit unberührt lassen[4]),

b) für Fehler, die ihre Tauglichkeit und zwar entweder zu dem gewöhnlichen Gebrauch oder zu dem besonderen Gebrauche, den der geschlossene Vertrag voraussetzt[5]), beeinträchtigen (§ 459 Abs. 1).

Eine nur unerhebliche Minderung des Werthes oder der Tauglichkeit kommt jedoch nicht in Betracht[6]).

---

[2]) Die Zusicherung der Eigenschaft ist ein Theil des Kaufvertrags, sie muß daher, was besonders bei Grundstückskäufen zu beachten ist, auch in der für den Vertrag vorgeschriebenen Form erfolgen. Vergl. Eccius in Gruchot Beitr. Bd. 43, S. 309. A. M. Dernburg II § 184 unter III.

[3]) Vergl. Str. Arch. Bd. 4 S. 16, O.Tr. Bd. 70 S. 122, R.O.H.G. Bd. 4 S. 159. A. M. Staub § 377 Anm. 32.

[4]) Vergl. Dernburg II § 184 unter II. RG. in JW. 1901 S. 785 (der nach Beseitigung des Schwammes noch verbleibende Schwammverdacht mindert den Verkehrswerth des zu Wohnzwecken dienenden Gebäudes).

[5]) Ergiebt sich aus dem Vertrag, also dem Willen beider Parteien, daß der Käufer von der Sache einen besonderen Gebrauch machen will, so genügt es nicht, daß die Sache zu dem gemeingewöhnlichen Gebrauche geeignet ist, sie darf vielmehr auch nicht mit Fehlern behaftet sein, die diesen besonderen Gebrauch aufheben oder mindern, (ebenso bei der Miethe § 537 „vertragsmäßiger Gebrauch", dem Werkvertrage § 633). — Andererseits genügt es, wenn die Sache zu dem vertragsmäßigen Gebrauche geeignet ist, mag sie auch zu dem Gebrauche, der sonst von einer solchen Sache gewöhnlich gemacht wird, nicht geeignet sein. Vergl. Eccius a. a. O. S. 308, Anm. 15. — Der besondere Gebrauch muß aber „nach dem Vertrage" vorausgesetzt sein. Bloße einseitige Voraussetzungen des Käufers, mögen sie auch erklärt sein, kommen nicht in Betracht, wenn nicht auch der Verkäufer die Sache zu diesem besonderen Gebrauche verkauft hat. Vergl. Dernburg II § 184 Anm. 3.

[6]) Dies ist nur bei den vorausgesetzten Eigenschaften der Fall; bei zugesicherten Eigenschaften müssen auch unerhebliche Mängel vertreten werden. Vergl. RG. Bd. 47 S. 135.

3. Die Haftung bezieht sich sowohl bei den zugesicherten wie bei den vorausgesetzten Eigenschaften[7]) auf den Zeitpunkt, mit welchem, sei es nach Gesetz, sei es nach Parteiabrede, die Gefahr auf den Käufer übergeht. Der Verkäufer haftet also insbesondere auch dann, wenn die Sache die zugesicherte Eigenschaft zwar zur Zeit des Vertragsabschlusses, nicht aber zur Zeit des Ueberganges der Gefahr hat. Umgekehrt ist ein Mangel, der beim Kaufabschlusse vorlag, beim Uebergange der Gefahr aber beseitigt war, unerheblich.

4. Die Haftung ist von einem Verschulden des Verkäufers unabhängig. Auch wenn dieser die Mängel nicht gekannt hat und nicht hat kennen können (verborgene Mängel), muß er für sie aufkommen. Hat er den Fehler nach dem Abschlusse des Vertrags durch einen von ihm zu vertretenden Umstand herbeigeführt, so stehen dem Käufer die über die Gewährleistungsansprüche hinausgehenden Rechte des § 325 Abs. 1 zu[8]).

5. Die Haftung fällt jedoch fort:

§§ 460, 461, 476.

a) wenn der Käufer den Mangel beim Abschlusse des Vertrags gekannt hat (§ 460 Satz 1). Dies ist auch bei zugesicherten Eigenschaften der Fall, soweit nicht etwa nach den Umständen des einzelnen Falles die Zusicherung der Eigenschaft das Versprechen in sich schließt, den dem Erwerber bekannten Mangel zu beseitigen[9]);

b) wenn dem Käufer ein zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhandener Mangel des § 459 Abs. 1 (das Fehlen einer vorausgesetzten Eigenschaft) in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist (§ 460 Satz 2)[10]). Bei zugesicherten Eigenschaften (§ 459 Abs. 2) wird nur durch die positive Kenntniß (s. unter a), nicht auch durch die auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntniß des Käufers die Haftung des Verkäufers ausgeschlossen. Aber auch beim Fehlen der vorausgesetzten Eigenschaften (den Mängeln des § 459 Abs. 1) bleibt die Haftpflicht trotz der groben Fahrlässigkeit des Käufers bestehen, wenn der Verkäufer entweder die Abwesenheit

---

[7]) Rücksichtlich der Terminologie ist zu beachten, daß der Ausdruck „Mangel" beide Arten von Fehlern, sowohl die des Abs. 1 wie die des Abs. 2 des § 459 umfaßt, während mit Fehlern nur die des Abs. 1 bezeichnet werden. Vergl. unten § 137 Anm. 2.

[8]) Vergl. Planck Anm. 1a zu § 459, Neumann Vorb. III 2 a γ (S. 218).

[9]) Aus § 459 Abs. 2 in Verbindung mit § 460 Satz 1 ergiebt sich, daß die Zusicherung einer Eigenschaft im Sinne des Gesetzes so zu verstehen ist, daß der Verkäufer versichert, die Sache habe jetzt, zur Zeit des Kaufabschlusses, eine gewisse Eigenschaft. Denn sonst wäre die Vorschrift des § 460 Satz 1, daß der Käufer, der den Mangel der zugesicherten Eigenschaft beim Kaufabschlusse kennt, keine Gewährleistung beanspruchen kann, nicht zu verstehen. Hat der Verkäufer diese Zusicherung abgegeben, so muß er dafür aufkommen, daß die Sache zur Zeit des Gefahrüberganges die zugesicherte Eigenschaft hat. Es hilft ihm nichts, daß seine Zusicherung richtig war, wenn die Eigenschaft bis zum Gefahrübergange fortfällt — nur ist in diesem Falle seine Haftung insofern eine mildere, als er nicht auf Schadensersatz haftet, § 463 —, es schadet ihm nichts, daß seine Zusicherung falsch war, wenn nur die zugesicherte Eigenschaft beim Gefahrübergange vorhanden ist. Eccius a. a. O. S. 309—311, Planck Anm. 2 b zu § 459.

[10]) Der Ansicht von Eccius, a. a. O. S. 308, daß aus dieser Vorschrift keine Pflicht des Käufers folge, die Sache vor dem Vertragsabschlusse zu besichtigen, kann in dieser Allgemeinheit nicht zugestimmt werden. Es wird darauf ankommen, ob es sich um eine Kaufsache handelt, bei welcher die Besichtigung vor dem Kaufe zum Zwecke der Feststellung etwaiger Mängel üblich ist. Hat in einem solchen Falle der Käufer die Besichtigung grundlos unterlassen und hätte er bei vorgenommener Besichtigung den Mangel sofort wahrnehmen können, so hat er den Gewährleistungsanspruch verloren. Vergl. Oertmann Anm. 3 zu § 460, Cosack I S. 422 unter 3 b. Uebrigens nimmt Eccius (a. a. O. S. 340) dasselbe für den Fall an, daß der Käufer sich verpflichtet hat, die Sache vor dem Vertragsabschlusse zu besichtigen; eine solche Verpflichtung kann aber auch nach der Verkehrssitte begründet sein.

des Fehlers zugesichert[11]) oder den Fehler arglistig, d. h. in der Absicht, den Käufer zu täuschen, verschwiegen hat;

c) wenn eine verpfändete Sache in öffentlicher Versteigerung unter der Bezeichnung als Pfand verkauft wird (§ 461)[12]). Selbst für etwa zugesicherte Eigenschaften wird in diesem Falle nicht gehaftet.[13]) Erfolgt die Versteigerung, ohne daß die Sache als Pfand bezeichnet wird, oder verkauft der Pfandgläubiger die Sache freihändig (vergl. §§ 1221, 1235 Abs. 2, 1245), so haftet er für Mängel wie jeder Verkäufer;

d) wenn die Haftung des Verkäufers durch Vereinbarung mit dem Käufer erlassen oder beschränkt ist; jedoch ist die Vereinbarung nichtig, wenn der Verkäufer arglistig den Mangel verschweigt. — Der Erlaß der Haftung kann auch stillschweigend vereinbart werden und sich insbesondere aus der Natur des Vertrags als gewollt ergeben. Dies ist der Fall bei den sog. gewagten Geschäften und beim Kaufe in Pausch und Bogen. Das BGB. hat keine besonderen Vorschriften über die Gewährleistung bei diesen Verträgen; was in dieser Beziehung vielfach in früheren Gesetzen[14]) vorgeschrieben war, gilt, weil und insoweit es als stillschweigend vereinbart anzusehen ist.

§ 135. Die Ansprüche des Käufers wegen Mängel der Sache.

§§ 462—466

1. Fehlen der Sache zur Zeit des Ueberganges der Gefahr die Eigenschaften, welche der Verkäufer kraft Gesetzes (§ 459 Abs. 1) oder auf Grund seiner besonderen Zusicherung (§ 459 Abs. 2) zu gewähren hat, so kann der Käufer nach seiner Wahl[1]) Wandelung (die Rückgängigmachung des Kaufes) oder Minderung (die Herabsetzung des Kaufpreises) verlangen (§ 462). Einen Anspruch darauf, daß der Verkäufer die fehlende Eigenschaft nachgewähre, hat der Käufer auf Grund seines Gewährleistungsrechts nicht.[2]) Ein solcher

[11]) Dies ist etwas Anderes, als die Zusicherung einer Eigenschaft im Sinne des § 459 Abs. 2 und von dieser wohl zu unterscheiden; es handelt sich hier nicht darum, daß der Verkäufer dem Käufer eine besondere Qualität der Sache versprochen, sondern darum, daß er ihm nur zugesichert hat, daß die Sache keine Fehler habe, die ihren gemeinen Verkehrswerth oder ihre Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche beeinträchtigen. Eine solche Zusicherung entbindet den Käufer von jeder Verpflichtung, sich um die Beschaffenheit der Sache zu kümmern, er kann Gewährleistung selbst dann fordern, wenn er die Mängel auf das leichteste hätte entdecken können. Es wird daher einem Käufer, der aus irgend welchen Gründen die Sache nicht besichtigen kann oder will, zu empfehlen sein, sich die Zusicherung geben zu lassen, daß die Sache keine Fehler habe, die ihren gewöhnlichen oder vertragsmäßigen Gebrauch beeinflussen.

[12]) Auch bei der Veräußerung einer Sache auf Grund der Pfändung steht nach § 806 CPO. dem Erwerber kein Anspruch auf Gewährleistung zu, ebenso bei der Zwangsversteigerung, § 56 ZVG.

[13]) Vergl. Eccius a. a. O. S. 313 ff., der die Vorschrift sogar als eine zwingende ansieht. — A.M. Planck Anm. 1 zu § 461, Oertmann Anm. 1a zu § 461. Dernburg II § 184 unter VII, 3.

[14]) Z. B. ALR. §§ 346, 347 I 5, § 213 I 11.

[1]) Nur dem Käufer, nicht auch dem Verkäufer steht das Wahlrecht zu. Verlangt z. B. der Käufer Herabsetzung des Preises, so kann der Verkäufer nicht sagen, daß er lieber den ganzen Vertrag rückgängig machen und gegen Rückgabe der Sache den ganzen Kaufpreis zurückzahlen wolle.

[2]) Anders beim Werkvertrage, für welchen, wie oben erwähnt ist, die §§ 459 ff. nicht zur Anwendung kommen, die Gewährleistung vielmehr besonders geregelt ist. Bei

Anspruch kann für ihn nur durch besondere Abrede begründet werden.[3]) Ebensowenig kann der Verkäufer die Gewährleistungsansprüche dadurch abwenden, daß er sich zur Beseitigung des Mangels erbietet.[4])

2. Statt der Wandelung oder Minderung kann der Käufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen (§ 463)[5]):

a) wenn der Sache zur Zeit des Vertragsabschlusses eine zugesicherte Eigenschaft fehlt,. Dieser Anspruch auf Schadensersatz ist, wie die Gewährleistung überhaupt, von einem Verschulden des Verkäufers nicht abhängig, denn in der Zusicherung der Eigenschaft liegt die Uebernahme der Garantie, daß die zugesicherte Eigenschaft vorhanden ist. Jedoch ist es für den Schadensersatzanspruch erforderlich, daß die zugesicherte Eigenschaft schon zur Zeit des Vertragsabschlusses, d. h. der Garantie-Uebernahme, fehlt. Ist sie zu dieser Zeit vorhanden, fehlt sie aber zur Zeit des Ueberganges der Gefahr, ohne daß dies auf einem vom Verkäufer zu vertretenden Umstande beruht, so hat der Käufer nur die Ansprüche auf Wandelung oder Minderung. Hat der Käufer zur Zeit des Vertragsabschlusses den Mangel gekannt, so steht ihm ein Anspruch auf Gewährleistung, also auch auf Schadensersatz, überhaupt nicht zu;

b) wenn der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen hat[6]).

---

dem Werkvertrage geht der Anspruch an erster Stelle auf Beseitigung des Mangels (§ 633) und erst subsidiär auf Wandelung oder Minderung (§ 634).

[3]) Unzutreffend erscheint es, wenn Staub (§ 377 Anm. 42) lehrt, daß ein Recht auf Nachbesserung gegeben ist, „wenn und insoweit der Käufer Schadensersatz verlangen kann". Der Anspruch auf Schadensersatz geht auf Wiederherstellung des früheren Zustandes, nicht auf Herstellung eines Zustandes, den die Sache nie gehabt hat. Wäre die Ansicht von Staub richtig, so könnte immer auf Herstellung einer zugesicherten Eigenschaft, die der Sache zur Zeit des Kaufes gefehlt hat (§ 463), geklagt werden, was sicher nicht der Fall ist. Richtig dagegen ist, daß Beseitigung des Mangels dann verlangt werden kann, wenn der Mangel zur Zeit des Kaufabschlusses nicht vorhanden war, nach dem Vertragsschluß aber durch ein Verschulden des Verkäufers entstanden ist. Denn hier verlangt der Käufer den Zustand, der ohne das schuldhafte Verhalten des Verkäufers bestehen würde (§ 249). So ist auch die Bemerkung bei Planck Anm. 4 zu § 462, auf welche Staub sich beruft, zu verstehen.

[4]) Ebenso Eccius a. a. O. S. 316, Endemann I § 161 Anm. 20. A.M. sind insbesondere Cosack I S. 434 unter 2, Oertmann Anm. 5 zu § 462, letzterer auch unter Berufung auf M. II S. 227; vergl. jedoch hiergegen Prot. I S. 697 ff. (Ein Antrag: „der Verkäufer kann die Wandelung oder Minderung dadurch abwenden, daß er unverzüglich den Mangel beseitigt", ist aus den Prot. I S. 698 wiedergegebenen gewichtigen Gründen abgelehnt worden).

[5]) Der Käufer kann in diesem Falle jeden Schaden ersetzt verlangen, der ihm dadurch entsteht, daß die Sache die zugesicherte Eigenschaft nicht hat oder den arglistig verschwiegenen Mangel hat. Worin dieser Schaden besteht, wird nach Lage des einzelnen Falles verschieden sein. Der Anspruch kann, wenn die Sache in Folge des Mangels für den Käufer nicht brauchbar ist, auch auf Zurücknahme der Sache gehen. (Vergl. Staub § 377 HGB. Anm. 80, Eccius bei Gruchot Bd. 43 S. 336).

[6]) Ein sonstiges Verschulden des Verkäufers, insbesondere der Umstand, daß er den Mangel hätte kennen müssen, begründet seine Schadensersatzpflicht nicht. Er haftet, ebenso wie der schuldlose Verkäufer, nur auf Wandelung oder Minderung. Vergl. Cosack I § 127 unter IV 2, Dernburg II § 185 Anm. 5. Die Ansicht Staubs (§ 377 HGB. Anm. 41 und 91), daß der Käufer Schadensersatz fordern könne, wenn der Verkäufer mangelhafte Waare liefert, erscheint unrichtig. Ihr steht vor allem die ausdrückliche Vorschrift des § 463 S. 2 entgegen, welche die Schadensersatzpflicht nur bei arglistigem Verschweigen des Mangels eintreten läßt. Auch ergiebt die Entstehungsgeschichte des Gesetzes klar, daß man den Käufer „ohne Mitunterlaufen eines dolus des Veräußerers, wie nach gemeinem Rechte, auf die ädilitischen Rechtsmittel beschränken" wollte. M. II S. 229, Prot. I S. 689, ferner M. II. S. 232. Staub gründet seine Ansicht auf einen „allgemeinen, nirgendwo ausgesprochenen, aber an zahlreichen Stellen vorausgesetzten Grundsatz, daß, wer die ihm obliegende Verpflichtung schuldhaft verletzt, dem anderen Theile Schadens-

Macht der Erwerber von diesem Rechte, Schadensersatz wegen Nichterfüllung (das positive Erfüllungs-Interesse) zu verlangen, Gebrauch, so kann er nicht daneben noch Wandelung oder Minderung verlangen. Er kann aber andererseits auch das Rechtsgeschäft unter den Voraussetzungen des § 123 anfechten und wegen der arglistigen Täuschung Schadensersatz in Gemäßheit der §§ 823 ff. fordern.

3. Alle diese Ansprüche: Wandelung, Minderung, Schadensersatz, gehen verloren, wenn der Käufer die mangelhafte Sache annimmt, obwohl er den Mangel kennt, es sei denn, daß er sich seine Rechte bei der Annahme vorbehalten hat (§ 464)[7]. In der vorbehaltlosen Annahme trotz Kenntniß des Mangels liegt ein Verzicht auf die Gewährleistung. Die Kenntniß des Käufers bei der Annahme hat der Verkäufer, den Vorbehalt der Käufer zu beweisen. Aber nur die positive Kenntniß des Mangels, nicht auch das Kennenmüssen, schließt die Gewährleistungsansprüche des Käufers aus[8]. Dies ist nicht nur bei gewöhnlich vorausgesetzten, sondern auch bei zugesicherten Eigenschaften, ja sogar im Falle des Dolus des Verkäufers der Fall.

4. Das Recht des Käufers, Wandelung oder Minderung zu verlangen, ist im BGB. in einer eigenartigen Weise konstruiert: das Recht auf Wandelung oder Minderung besteht nicht darin, daß der Erwerber durch seine einseitige Erklärung die Aufhebung des Vertrags herbeiführen oder den Kaufpreis verhältnißmäßig herabsetzen kann, vielmehr stellt es sich als der Anspruch des Käufers dar, daß der Verkäufer mit der

---

ersatz zu leisten hat". Aber selbst angenommen, es bestände ein solcher Grundsatz, — was in Wirklichkeit nicht der Fall ist (vergl. oben § 84 Anm. 60) — liegt denn dem Verkäufer die Verpflichtung ob, nur fehlerfreie Waare zu verkaufen? Er kann nur verkaufen, was er hat, und wer fehlerhafte Waare hat, kann keine fehlerfreie verkaufen. Hat die verkaufte Sache Mängel, so sind die für den Verkäufer eintretenden Folgen in den §§ 462 ff. vorgeschrieben, welche eine Schadensersatzpflicht nur in den Fällen der §§ 463, 480 Abs. 2 vorschreiben. Anders liegt der Fall, wenn die verkaufte Sache nach dem Kaufabschlusse durch ein Verschulden des Verkäufers mangelhaft wird. Dann haftet der Verkäufer nach § 325 (vergl. oben § 84 Anm. 60, § 85 unter III, 5 und Anm. 13 (S. 333), ferner § 134 unter II, 4).

[7]) Vergl. RG. in JW. 1901 S. 785. Er muß sich, sagt § 464, seine Rechte „wegen des Mangels" vorbehalten. Hieraus folgt, daß ein allgemeiner Vorbehalt der Rechte wirkungslos ist. Der Käufer muß den ihm bekannten Mangel, wegen dessen er sich Rechte vorbehält, bezeichnen. Wegen anderer Mängel, die er gekannt, aber beim Vorbehalte nicht bezeichnet hat, verliert er seine Ansprüche.

[8]) Das BGB. legt also dem Käufer einer Sache nicht die Verpflichtung auf, die Sache zu prüfen und dem Verkäufer von den entdeckten Mängeln Anzeige zu machen (vergl. Prot. I S. 690, 691), im Gegensatze zu § 377 HGB., nach welchem diese Untersuchungs- und Anzeigepflicht besteht; jedoch ist zu beachten, daß der § 377 HGB., im Gegensatze zu dem Art. 347 des früheren HGB., nur für zweiseitige Handelsgeschäfte — auch Platzgeschäfte — gegeben ist, so daß, wenn der Verkäufer oder der Käufer kein Kaufmann ist, die strenge Rügepflicht des § 377 HGB. nicht besteht (vergl. Staub § 377 Anm. 2 und Anm. 154—157). Uebrigens ist es auch nach dem BGB. nicht ausgeschlossen, daß in dem Unterlassen jeder Untersuchung, resp. in dem Nichtanzeigen eines nach der Annahme entdeckten Mangels, unter Umständen ein Verzicht auf die Gewährleistung gefunden werden kann. — Der Ansicht von Cosack (I S. 430 unter c), daß durch den § 377 HGB. auch die Anwendung des § 464 BGB. für zweiseitige Handelsgeschäfte ausgeschlossen ist, kann nicht beigetreten werden. Der § 377 HGB. handelt von Mängeln, die nach der Ablieferung entdeckt werden, und bestimmt nichts über diejenigen, welche dem Käufer schon bei der Annahme bekannt sind. Wegen solcher muß auch bei einem zweiseitigen Handelsgeschäfte der Käufer sich seine Rechte bei der Annahme vorbehalten. Eine spätere Rüge nützt ihm nichts.

Aufhebung des Vertrags oder der Minderung des Kaufpreises durch einen darauf gerichteten Vertrag sich einverstanden erkläre[9]).

Die Wandelung oder Minderung ist erst vollzogen, wenn der Verkäufer sich mit ihr einverstanden erklärt hat (§ 465), sei es, daß er auf Verlangen des Käufers sein Einverständniß freiwillig erklärt, sei es, daß er auf das Verlangen des Käufers dazu verurtheilt wird. Hieraus ergiebt sich, daß der Käufer von der einmal getroffenen Wahl so lange abgehen kann, bis die Wandelung oder Minderung vollzogen ist; bis dahin kann er statt der verlangten Wandelung die Minderung, statt dieser die Wandelung verlangen, oder statt der Wandelung oder Minderung überhaupt bei dem Vertrage stehen bleiben[10]).

Es muß somit die freiwillige und die im Prozeßweg erfolgende Vollziehung der Wandelung und Minderung unterschieden werden:

a) Die freiwillige Vollziehung kommt dadurch zu Stande, daß der Käufer an den Verkäufer das Verlangen stellt, sich damit einverstanden zu erklären, daß der Kauf rückgängig gemacht oder der Kaufpreis herabgesetzt[11]) werde. Dieses Verlangen, eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, hat die rechtliche Natur eines Antrags zur Schließung eines Vertrags (§ 145). Der Käufer ist somit regelmäßig an diesen Antrag gebunden, und zwar richtet sich die Dauer seiner Gebundenheit an erster Stelle nach seinem dem Verkäufer gegenüber zum

---

[9]) Diese Konstruktion des Rechtes auf Wandelung oder Minderung als „Anspruch", welche gewählt worden ist, um das Recht einer Verjährung unterwerfen zu können (vergl. § 194, ferner M. II S. 238, Prot. I S. 674—681), wird von Eccius (in Gruchot Beitr. Bd. 43 S. 316 ff., vergl. auch Staub Anm. 45 ff. zu § 377) bekämpft. Seine Deduktion geht im wesentlichen dahin, daß die „Bestimmung, die nach dem Willen der Kommission ihre theoretische Konstruktion zum Gesetz machen sollte", der § 465 ist, daß aber mit diesem § 465 das „Gesetz nur darauf abzielt, einen Zeitpunkt festzusetzen, in welchem dem Käufer das Recht abgeschnitten ist, von dem Wandelungsverlangen wieder abzugehen". Diese Beweisführung von Eccius geht aber deswegen fehl, weil ihr Ausgangspunkt ein unrichtiger ist. Nicht der § 465 ist es, der die Konstruktion der Wandelung und Minderung als eines auf einen Vertragsabschluß gerichteten Anspruchs zum gesetzlichen Ausdruck erhebt, sondern der § 462. Der § 465 hat in der That nur die ihm von Eccius beigelegte Bedeutung. Seine Fassung sowohl wie seine Entstehungsgeschichte (Prot. I S. 709 ff.) ergeben, daß nur der Zeitpunkt hat bestimmt werden sollen, in welchem der Käufer an seine Wahl gebunden ist, — im Gegensatze zum § 384 E. I, welchen die zweite Kommission anfänglich angenommen hatte (Prot. I S. 685) trotz des von ihr bereits gefaßten Beschlusses, Wandelung und Minderung als einen im Wege der Klage oder Einrede verfolgbaren Anspruch des Inhalts zu konstruieren, daß der Verkäufer in die Wandelung oder Minderung einwillige (Prot. I S. 674 ff.). Aber mit der Feststellung, daß § 465 diesen Inhalt habe, ist nichts gewonnen. Es bleibt als entscheidend der § 462, der es ausspricht, daß der Käufer vom Verkäufer verlangen könne, daß er, der Verkäufer, dazu mitwirke, daß der Kauf rückgängig gemacht oder der Kaufpreis herabgesetzt werde. Dieser § 462 ist es, der den von der zweiten Kommission der Wandelung und Minderung beigelegten Inhalt zum Gesetze macht. Ihm stand der Antrag gegenüber: „Im Falle der Haftung des Verkäufers kann der Käufer nach seiner Wahl den Vertrag rückgängig machen (Wandelung) oder die Gegenleistung herabsetzen (Minderung)". Dadurch, daß dieser Antrag abgelehnt, dagegen derjenige, welcher mit dem jetzigen § 462 übereinstimmt, angenommen worden ist, gelangte die mehrerwähnte theoretische Konstruktion der Mehrheit der zweiten Kommission zum klaren Ausdrucke. Solange der § 462 besteht — und es ist nicht möglich, ihn hinwegzudeduzieren, ohne ihm Gewalt anzuthun — wird man annehmen müssen, daß das, was die zweite Kommission gewollt hat, auch Gesetz geworden ist.

[10]) Die Aenderung der Wahl kann auch noch im Laufe des Prozesses erfolgen; eine unzulässige Klagänderung liegt darin nicht (§ 268 Nr. 3 CPO.).

[11]) Daß zur Wirksamkeit dieses Verlangens und des auf Grund des Verlangens zu Stande gekommenen Vertrags nicht die Fixierung des quantum minus erforderlich ist, darüber s. unten Anm. 19.

Ausdrucke gebrachten Willen. Hat er eine Frist für die Erklärung des Verkäufers nicht gestellt, so wird hier nach der Natur der Sache anzunehmen sein, daß die Annahme des Verkäufers so lange erfolgen könne, als der Käufer sein Verlangen bestehen läßt, d. h. es nicht widerruft (§ 148)[12]. Weder das Verlangen des Käufers noch das Einverständniß des Verkäufers brauchen ausdrücklich[13]) erklärt zu werden, es können vielmehr beide Erklärungen auch stillschweigend, insbesondere durch konkludente Handlungen[14]) erfolgen.

b) Erklärt der Verkäufer auf das Verlangen des Käufers sein Einverständniß nicht, so kann der Käufer die richterliche Ergänzung dieses Einverständnisses im Prozeßwege verlangen. Er kann seinen Antrag direkt darauf richten, den Verkäufer zu verurtheilen, sein Einverständniß mit dem Verlangen des Käufers, den Kauf rückgängig zu machen oder den Kaufpreis herabzusetzen, zu erklären[15]). Es ist aber nicht erforderlich, daß dieser Antrag ausdrücklich gestellt werde. Gerade so, wie das außergerichtliche Verlangen des Käufers kein ausdrückliches zu sein braucht, sondern auch dann genügend zum Ausdrucke gelangt, wenn der Käufer vom Verkäufer unmittelbar die Leistung dessen fordert, was er in Folge des rückgängig gemachten Kaufes zu beanspruchen berechtigt sein würde, z. B. die Rückzahlung des Kaufpreises, so braucht auch das im Prozeßwege gestellte Begehren kein ausdrückliches zu sein. Auch der Käufer, der gegen den Verkäufer auf Rückzahlung des bereits entrichteten Kaufpreises klagt, verlangt implizite vom Verkäufer, daß dieser sich mit der Aufhebung des Kaufes einverstanden erkläre. Und der Richter, der den Verkäufer zur Rückzahlung verurtheilt, spricht damit implizite aus, daß der Verkäufer sich mit der vom

---

[12]) Hat also der Käufer dem Verkäufer mitgetheilt, er verlange Wandelung, so kann er, so lange nicht der Verkäufer sich hiermit einverstanden erklärt hat, seine eigene Erklärung widerrufen und erklären, er verlange Minderung oder wolle beim Vertrage stehen bleiben. Vergl. Prot. I S. 711, Planck Anm. 1 zu § 465.

[13]) Die Erklärungen sind auch an keine Form gebunden. Der Ansicht von Eccius (a. a. O. S. 328), daß das Verlangen des Käufers und das Einverständniß des Verkäufers der Formvorschrift des § 313 unterliegen, wenn Gegenstand des Kaufes ein Grundstück war, kann nicht beigetreten werden. Durch das Einverständniß mit der Wandelung übernimmt nicht der Verkäufer vertragsmäßig eine Verpflichtung im Sinne des § 313, diese Verpflichtung tritt vielmehr für ihn als gesetzliche Folge nach den §§ 467, 346 ein. Vergl. Neumann Anm. 3a zu § 465, Flechtheim bei Gruchot Bd. 44 S. 73, Anm. 14a.

[14]) So wird es im Leben häufig sein. Selten wird der Käufer an den Verkäufer das formelle Verlangen richten, sich mit der Rückgängigmachung des Kaufes oder der Herabsetzung des Kaufpreises einverstanden zu erklären. Er wird vielmehr in der Regel sofort die praktischen Konsequenzen ziehen. Er wird ihm mittheilen: ich bedaure, die Waare nicht behalten zu können, und ersuche Sie, dieselbe wieder abholen zu lassen; oder er wird ihm gar die mangelhafte Waare sofort zurückschicken. Läßt der Verkäufer die Waare zurückholen oder nimmt er die zurückgeschickte Waare an, so hat er sich mit der Wandelung einverstanden erklärt und diese ist vollzogen. Ebenso bei der Minderung. Vergl. Neumann Anm. 3a zu § 465.

[15]) Eccius (a. a. O. S. 325 Anm. 34) nimmt in Konsequenz seiner Ansicht, daß „keine Nothwendigkeit, nicht einmal eine Möglichkeit besteht, bei nicht erreichter Einigung auf Abschluß eines Wandelungsvertrags zu klagen", an, daß dem Käufer, der bei Rückgängigmachung des Kaufes kein weiteres Interesse hat, als das, daß er das Kaufgeld nicht zahle, ein selbständiges Klagerecht überhaupt nicht zustehe. So lange der Verkäufer nicht klage, habe der Käufer zur klageweisen Verfolgung seines Anspruchs keine Veranlassung, falls der Verkäufer klage, könne der Käufer seinen Anspruch durch Weigerung verfolgen. Es stehe ihm daher ein Klagerecht nur in den Grenzen der Feststellungsklage zu. Nach der hier vertretenen Ansicht gelangt man zu dem entgegengesetzten Resultate. Der dem Käufer durch § 462 gegebene Anspruch geht immer auf eine Leistung, nämlich Erklärung des Einverständnisses, das Klagerecht steht somit dem Käufer schlechthin zu, auch wenn die Voraussetzungen einer Feststellungsklage nicht vorliegen.

Käufer verlangten Rückgängigmachung einverstanden erklären müsse[16]. Auch in diesem Falle ist die Wandelung erst mit der Rechtskraft des Urtheils vollzogen[17], wenn nicht der Verkäufer vorher sein Einverständniß erklärt. Bis dahin kann der Käufer noch von seiner Wahl abgehen und statt der Wandelung Minderung verlangen[18]. Ebenso liegt es bei dem Verlangen der Minderung. Der Antrag kann direkt darauf gerichtet werden, daß der Kaufpreis auf einen bestimmten Betrag herabgesetzt oder daß der Verkäufer verurtheilt werde, einen Theil des bereits empfangenen Kaufpreises zurückzuzahlen. Ein solcher Antrag ist dahin auszulegen, daß der Käufer stillschweigend verlangt, daß der Verkäufer sich mit der Herabsetzung des Kaufpreises einverstanden erkläre. Gleichzeitig wird, wenn der Kläger nicht ausdrücklich das Gegentheil sagt, sein Wille nicht der sein, daß der Kaufpreis gerade nur auf den Betrag herabgesetzt werden solle, den er im Klageantrag angegeben hat, vielmehr wird regelmäßig sein

---

[16]) Daß dies auch der Standpunkt der zweiten Kommission war, ergiebt sich aus Folgendem: Der Antrag, aus welchem der jetzige § 465 hervorgegangen ist, lautete (Prot. I S. 708): „Die Wandelung und die Minderung ist vollzogen, wenn der Verkäufer sich dem Käufer gegenüber mit dem Verlangen des letzteren, daß der Kauf rückgängig gemacht oder der Kaufpreis herabgesetzt werde, einverstanden erklärt hat oder zur Wandelung oder Minderung rechtskräftig verurtheilt ist." Mit diesen letzten Worten meinte man nicht etwa ein Urtheil, das den Verkäufer zur Erklärung des Einverständnisses verurtheilte. Denn ein solches Urtheil ersetzt, wenn es rechtskräftig ist, selbstverständlich das Einverständniß des Verkäufers. Man meinte vielmehr ein Urtheil, welches den Verkäufer unmittelbar zu den aus dem rückgängig gemachten Kaufe oder dem herabgesetzten Kaufpreise sich ergebenden Leistungen verurtheilte. Dies erhellt klar aus der Begründung des Antrags (Prot. I S. 710): „Es empfehle sich letztere (die Verurtheilung) neben der Erklärung des Einverständnisses besonders zu erwähnen, weil die Erklärung nach der CPO. § 779 nur durch ein zur Abgabe derselben verurtheilendes Erkenntniß ersetzt werde, während davon auszugehen sei, daß die Klage des Käufers und das ergehende Urtheil nicht gerade auf die Einwilligung des Verkäufers in die Rückgängigmachung des Kaufes oder in die Herabsetzung des Kaufpreises gerichtet sein müsse." Der oben wiedergegebene Antrag wurde von der zweiten Kommission angenommen, er wurde, wie es Prot. I S. 710 heißt, „von keiner Seite sachlich beanstandet". Eine Abänderung dieses Beschlusses ist, soviel aus den Protokollen ersichtlich, nie erfolgt. Die spätere Weglassung der letzten Worte ist offenbar durch Beschluß der Redaktionskommission erfolgt und hat somit keine materielle, sondern nur redaktionelle Bedeutung. Erwähnenswerth ist, daß auch schon nach früherem Rechte der Standpunkt des Reichsgerichts mit der hier vertretenen Auffassung übereinstimmte. In der Entscheidung Bd. 27 S. 393 ff. finden sich folgende interessante Aussprüche: „Die Klage ist auf Rückerstattung des bezahlten Kaufpreises für den zur Disposition gestellten Theil der von der Beklagten käuflich bezogenen Waare wegen .... verborgener Mängel ... gerichtet. Sie ist daher als eine Aufhebungsklage (actio redhibitoria) anzusehen, wenn sie gleich die Aufhebung des Vertrags und die Rücknahme der Waare nicht in den Antrag aufgenommen hat." Vergl. ferner RG. bei Gruchot Bd. 37 S. 1209: „Die Wandelungsklage .... welche die Aufhebung eines Vertrags wegen des Mangels ... bezweckt." Vergl. Neumann Anm. II 2 zu § 462 und Anm. 3 b zu § 465. Im Resultat übereinstimmend Staub Anm. 50 zu § 377.

[17]) Dieser Umstand berührt jedoch die Frage, ob das Urtheil für vorläufig vollstreckbar erklärt werden könne, nicht. Diese Frage ist lediglich eine prozessuale, die nur nach den Bestimmungen der CPO. beurtheilt werden darf. Nach diesen aber kann das Urtheil im vorliegenden Falle unbedenklich für vorläufig vollstreckbar erklärt werden. Der Umstand, daß die Wandelung noch nicht vollzogen, der Käufer also noch das jus variandi hat, ist für diese Frage völlig belanglos. A. M. Oertmann Anm. 3 a zu § 462 und Planck Anm. 2 b zu § 467, indem sie davon ausgehen, daß auf Erklärung des Einverständnisses gegen den Käufer geklagt werden müsse.

[18]) Macht der Käufer von diesem Rechte Gebrauch, so gestaltet sich die Sachlage so, daß dem beklagten Verkäufer jetzt eine Einwendung gegen den durch das Urtheil festgestellten Anspruch zusteht; er kann diese Einwendung durch Berufung oder auf dem Wege des § 767 CPO. geltend machen.

Wille der sein, daß der Richter, wenn er den vom Kläger bezeichneten Betrag nicht für berechtigt hält, den geringeren Betrag, auf den der Kaufpreis herabzusetzen ist, im Urtheile bestimmen soll. Der Kläger offeriert dem Beklagten den Abschluß eines Vertrags auf Herabsetzung des Kaufpreises auf den Betrag, der rechtskräftig durch das Urtheil festgesetzt werden wird [19]).

c) Aus dieser Erörterung ergiebt sich endlich auch, wie es rechtlich zu konstruieren ist, wenn der vom Verkäufer auf Zahlung des Kaufpreises verklagte Käufer auf Grund seines Wandelungsrechts die völlige, oder auf Grund seines Minderungsrechts die theilweise Abweisung der Klage verlangt [20]). Auch der Antrag auf Abweisung der Klage in Verbindung mit der Begründung dieses Antrags enthält stillschweigend das Verlangen, daß der Kläger sich mit der Wandelung oder Minderung einverstanden erkläre. Der Richter, der dieses Verlangen für gerechtfertigt erklärt und in Folge dessen die Klage ganz oder theilweise abweist, spricht damit gleichzeitig aus, daß der Kläger sich mit der vom Beklagten verlangten Wandelung oder Minderung einverstanden erklären müsse. Hieraus folgt, daß mit der Rechtskraft des abweisenden Urtheils die Wandelung oder Minderung vollzogen, die Wahl des Käufers also unwiderruflich geworden ist.

5) Gegenüber diesem weitgehenden Wahlrechte des Käufers mußte auch dem Verkäufer die Möglichkeit gegeben werden, Klarheit über die Rechtslage zu erlangen. Behauptet ihm gegenüber der Käufer einen Mangel der Sache [21]), ohne zu erklären, ob er Wandelung oder Minderung verlange, so daß der Verkäufer nicht die Möglichkeit hat, durch die Erklärung seines Einverständnisses die nunmehrige Rechtslage klar zu stellen, so kann er, indem er sich zur Wandelung erbietet, den Käufer unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung darüber auffordern, ob er Wandelung verlange. Erklärt der Käufer innerhalb der Frist, daß er Wandelung verlange, so ist diese damit vollzogen, jedes weitere Wahlrecht des Käufers also ausgeschlossen. Verlangt er innerhalb der Frist die Wandelung nicht, so hat er den Anspruch auf Wandelung verloren und es bleiben ihm nur die übrigen Gewährleistungs-Ansprüche (§ 466).

---

[19]) Warum ein solcher Vertrag, wie Eccius a. a. O. S. 334 sagt, „eine Karrikatur des Vertragsbegriffs" sein soll, ist nicht einzusehen. Allerdings ist es richtig, daß zur Einigung über die Minderung auch die Einigung über den nachzulassenden Betrag gehört (Vergl. Prot. VI S. 181). Aber wie bei jedem Vertrage braucht dieses Vertrags-Element nicht bestimmt zu sein, es genügt, wenn es bestimmbar ist. Sollen die Parteien nicht vereinbaren können: wir sind einig, daß der Kaufpreis in Folge der Mangelhaftigkeit der Sache zu mindern ist; der Betrag der Minderung ist durch den Dritten N. zu bestimmen? Es kommen dann die §§ 317 ff. zur Anwendung. Ebenso wie der Käufer außergerichtlich dem Verkäufer einen derartigen Vertragsantrag machen kann, kann er im Prozeßwege sagen: ich verlange, daß der Verkäufer sich damit einverstanden erkläre, daß der Kaufpreis auf den Betrag herabgesetzt werde, auf den er nach dem Gesetze herabgesetzt werden muß. Dies ist ein durchaus berechtigtes Verlangen. Den durch das Gesetz vorgeschriebenen Minderbetrag hat im Streitfalle, wie immer, der Richter zu bestimmen. Vergl. Flechtheim in Gruchot Beitr. Bd. 44 S. 77, Oertmann Anm. 1 zu § 465, Cosack I S. 424.

[20]) Gerade die Konstruktion der auf die Wandelung oder Minderung gestützten Einrede bereitet die größten Schwierigkeiten, wenn man auf dem Standpunkte der zweiten Kommission steht. Die bisherigen Konstruktionsversuche (vergl. Neumann Anm. 2a zu § 462 und Anm. 6 zu § 465, welcher dem Beklagten ein Zurückbehaltungsrecht giebt, Flechtheim a. a. O. S. 86 ff., der die Einrede aus § 226 begründet) haben wenig Befriedigendes. Wie hier anscheinend Oertmann Anm. 3b zu § 462.

[21]) Die Schutzvorschrift des § 466 versagt, wenn der Käufer sich schweigend verhält (vergl. jedoch oben Anm. 8) oder wenn er den Mangel nicht „dem Verkäufer gegenüber" behauptet. Der Annahme Planck's, daß die Voraussetzungen des § 466 unter Umständen schon als erfüllt anzusehen seien, wenn der Käufer auf eine Anfrage des Verkäufers schweigt, dürfte nicht beizutreten sein. Vergl. Endemann I § 161 Anm. 19.

§ 136. Die Wandelung und die Minderung im Besonderen.

I. Auf die Wandelung finden die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften [1]) entsprechende Anwendung (§ 467) [2]). Der zufällige Untergang der Sache schließt somit die Wandelung nicht aus (§ 350) [3]). Die Parteien müssen einander die empfangenen Leistungen zurückgewähren und zwar so, daß sie wieder in diejenige Lage versetzt werden, welche bestehen würde, wenn der Vertrag nicht geschlossen wäre (§§ 346, 347) [4]). Es muß demgemäß insbesondere der Verkäufer den Kaufpreis von der Zeit des Empfanges an verzinsen, der Käufer die Sache mit allen Nutzungen, die er gezogen hat, zurückgewähren und für die Nutzungen, die er schuldhafter Weise nicht gezogen hat, obwohl er sie nach nach den Regeln einer ordentlichen Wirthschaft ziehen konnte, Ersatz leisten (§§ 347, 987) [5]). — Im Einzelnen ist, während im Uebrigen auf die Lehre vom vertragsmäßigen Rücktritte verwiesen wird, hier Folgendes zu bemerken:

§ 467.

---

[1]) Von den §§ 346—356, in denen der vertragsmäßig vorbehaltene Rücktritt geregelt ist, können nicht zur Anwendung kommen: § 349, da sich die Wandelung anders wie der Rücktritt vollzieht (§ 465), und § 355, an dessen Stelle die §§ 466, 467 treten.

[2]) Soweit der Vertrag noch nicht erfüllt ist, hat die Wandelung die Wirkung, daß die Verpflichtungen aus dem Vertrag auf beiden Seiten erlöschen. Vergl. Prot. I S. 801, 802, VI S. 158 und oben § 102 Anm. 18. — Hervorzuheben ist ferner, daß die Wandelung, wie der Rücktritt, nur obligatorische Wirkungen erzeugt. Das auf den Käufer übergegangene Eigenthum an der Sache fällt nicht von selbst an den Verkäufer zurück, vielmehr muß ihm der Käufer erst das Eigenthum übertragen. Vergl. RG. Bd. 27 S. 396.

[3]) Vergl. oben § 102 unter II, 5 (S. 400) und III, 3 (S. 402). Ueber den Einfluß der Weiterveräußerung der Sache auf die Wandelung s. oben § 102 Seite 401 (unter e) und Seite 403 (unter b). Unzutreffend erscheint die Ansicht Staubs (Anm. 54 zu § 377), daß die Veräußerung der Sache unter Kenntniß des Mangels den Käufer des Wandelungsanspruchs verlustig mache. Wenn die frühere Judikatur diesen Standpunkt vertrat, so beruhte dies darauf, daß die Wahl zwischen der Wandelung und der Minderung schon dadurch vollzogen war, daß der Käufer auf irgend eine Weise zu erkennen gab, die Sache behalten zu wollen; dann stand ihm nicht mehr das Recht der Wandelung, sondern nur noch das der Minderung zu. Jetzt ist die Wahl erst vollzogen, wenn die Voraussetzung des § 465 vorliegt. Die bloße Veräußerung der Sache, mit oder ohne Kenntniß des Mangels, hindert die Wandelung nicht. Kommt der Käufer seiner Verpflichtung, die Sache zurückzugeben, nicht rechtzeitig nach, so kommt die Vorschrift des § 354 zur Anwendung. — Eine ganz andere Frage ist die, ob nicht die Veräußerung der Sache unter Kenntniß des Mangels zwar nicht die Wandelung als solche, aber die Gewährleistungsansprüche überhaupt beseitigt. Dies kann allerdings nach den Umständen anzunehmen sein und wird insbesondere dann der Fall sein, wenn der Käufer zuerst die Waare wegen der Mängel zur Disposition gestellt, ihre Annahme verweigert, dann aber über sie wie über seine eigene Sache verfügt hat. Dann liegt in Wirklichkeit der Fall des § 464 vor; in der späteren Verfügung liegt eine Annahme unter Kenntniß des Mangels. (Vergl. RG. Bd. 17. S. 68 ff.)

[4]) Hieraus ergeben sich wichtige Abweichungen vom früheren preußischen Rechte. Nach dem ALR. (§ 327 I 5) war die Wandelung grundsätzlich davon abhängig, daß der Käufer die Sache „in dem Stande, in welchem er sie empfangen hat, zurückgeben" kann, so daß ein auf Zufall beruhender Untergang der Sache vor der Rücktrittserklärung die Wandelung in der Regel ausschloß. Ferner wurde der wandelnde Käufer „wegen der genossenen Früchte und sonst überall als ein redlicher Besitzer" angesehen (§ 337 I 5), so daß er insbesondere die genossenen Früchte behielt. Auch im franz. Rechte (C. c. Art. 1647 Abs. 2) hat den von einem Zufalle herrührenden Verlust der Käufer zu tragen, während das gemeine Recht in dieser Beziehung mit dem BGB. übereinstimmt.

[5]) Wegen etwaiger Verwendungen, die der Käufer auf die zurückzugewährende Sache gemacht hat, kommen die §§ 994 ff. zur Anwendung. — Rücksichtlich der vielbestrittenen Frage, welches bei der Wandelung der Erfüllungsort und daher der Gerichtsstand des § 29 CPO. sei, ist folgendes zu bemerken:

a) Klagt der Käufer, der den Kaufpreis noch nicht bezahlt hat, auf Einwilligung des Verkäufers in die Rückgängigmachung des Vertrags, so verlangt er mit der Klage die

1. Die Wandelung ist ausgeschlossen, wenn der Erwerber oder sein gesetzlicher Vertreter oder eine Person, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient[6]), es verschuldet, daß die Sache nicht oder nicht ohne wesentliche[7]) Verschlechterung herausgegeben werden kann. Dagegen ist die Wandelung zulässig, wenn der Erwerber die Sache zwar in eine Sache anderer Art umgestaltet, der Mangel sich aber erst bei dieser Umgestaltung[8]) gezeigt hat (§ 467). Darauf, ob der Mangel früher, etwa durch eine probeweise Verarbeitung eines kleinen Theiles, entdeckt werden konnte, kommt es nicht an[9]).

Aufhebung des Vertrags und die Befreiung von seiner Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises. Die streitige Verpflichtung im Sinne des § 29 CPO. ist also seine Verpflichtung, den Kaufpreis zu zahlen, von welcher er befreit werden will. Der Ort, wo diese Verpflichtung zu erfüllen wäre, also in der Regel der Wohnsitz des Klägers (§§ 269, 270 Abs. 3), ist auch der Gerichtsstand des § 29 CPO. Dieses Resultat ändert sich nicht, wenn der Käufer gleichzeitig die Rücknahme der Sache fordert. Nach §§ 467, 346 ist der Käufer verpflichtet, die Sache zurückzugewähren. Auch für diese Verpflichtung gilt die Vorschrift des § 269; der Käufer muß also die Sache dort zurückgewähren, wo er seinen Wohnsitz hat, und dort muß sie der Verkäufer zurücknehmen. Befindet sich die Sache in Folge und auf Grund des Kaufvertrags an einem anderen Orte, so ist sie dort zurückzunehmen und zurückzugewähren.

b) Klagt der Käufer auf Rückzahlung des bereits entrichteten Kaufpreises, so ist dies die streitige Verpflichtung im Sinne des § 29 CPO. Die unzutreffende Annahme des Reichsgerichts, daß, da auch in diesem Falle die Aufhebung des Vertrags verlangt werde, die vom Käufer bereits erfüllte Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises den Streitgegenstand bilde (RG. Bd. 3 S. 413 ff.), ist vom Reichsgerichte selbst später aufgegeben worden (RG. Bd. 27 393 ff.). Die streitige Verpflichtung des Beklagten, die empfangene Leistung zurückzugewähren (§ 346), untersteht rücksichtlich des Erfüllungsorts gleichfalls der Vorschrift des § 269. Er hat den Kaufpreis also in der Regel an seinem Wohnorte zurückzuzahlen. Nach § 348 sind aber die aus der Wandelung sich ergebenden Verpflichtungen Zug um Zug zu erfüllen. Der Käufer braucht daher die Sache nur gegen Rückempfang des Kaufpreises herauszugeben, der Verkäufer den Kaufpreis nur gegen Rückempfang der Sache zurückzuzahlen. Nun liegt zwar dem Verkäufer nach § 270 die Verpflichtung ob, auf seine Kosten den Kaufpreis dem Käufer zurückzuschicken, dagegen hat der Käufer nicht die Verpflichtung, die Sache dem Verkäufer zurückzuschicken, vielmehr muß sie sich der Verkäufer holen und der Transport erfolgt auf seine Kosten. Hieraus folgt, daß die Auswechselung der Sache gegen den Kaufpreis an dem Wohnsitze des Käufers, resp. an dem Orte erfolgen muß, an welchem die Sache in Folge des Kaufes sich befindet, und an diesem Orte ist auch der Gerichtsstand des § 29 CPO. begründet (vergl. RG. Bd. 20 S. 358 ff., Gruchot Bd. 34 S. 1143, Bd. 37 S. 1208). Entfällt dieser Grund, hat also der Käufer die Sache bereits zurückgewährt oder verlangt er Wandelung, ohne die Sache zurückzugeben, z. B. im Falle des § 350, so ist an seinem Wohnsitze ein Gerichtsstand regelmäßig nicht begründet.

c) Für die Minderungsklage ergiebt sich hieraus, daß, wenn der Käufer auf Herabsetzung des noch nicht gezahlten Kaufpreises klagt, die streitige Verpflichtung an seinem Wohnsitze zu erfüllen ist, wenn er dagegen auf Rückzahlung eines Theiles des bereits entrichteten Kaufpreises klagt, der Wohnsitz des Verkäufers den Erfüllungsort bildet.

[6]) Welcher Verbindlichkeit? Aus § 347 in Verbindung mit § 989 ergiebt sich, daß der Erwerber vom Empfange der Sache an verpflichtet ist, sie vor Untergang oder Verschlechterung zu bewahren; bedient er sich zur Erfüllung dieser Bewahrungspflicht anderer Personen z. B. des Depositars, Miethers, Pächters, Leihers, so muß er für deren Verschulden, wie für sein eigenes aufkommen. Dies ist der richtige Sinn des Schlußpassus des § 351. Vergl. oben § 84 Anm. 45 (S. 327). Die von Oertmann (Anm. 1c zu § 467) geltend gemachten Bedenken bestehen in Wirklichkeit nicht.

[7]) Eine verschuldete unwesentliche Verschlechterung hindert die Wandelung nicht, macht aber den Käufer nach § 347 in Verb. mit § 989 schadensersatzpflichtig.

[8]) „Bei" der Umgestaltung ist wohl weniger zeitlich als kausal aufzufassen, in Folge der Umgestaltung, so daß es auch genügt, wenn der Mangel erst nach der Umgestaltung sich zeigt. Vergl. Dernburg II § 186 unter II, 3.

[9]) Da nach dem BGB. der Käufer nicht die Pflicht hat, die Sache zu untersuchen (vergl. oben § 135 Anm. 8), so braucht er auch solche Proben (z. B. probeweises Verbacken von

— In Folge der Wandelung muß der Käufer die neue Sache gegen Erstattung der Verarbeitungskosten zurückgewähren oder für den Vortheil, den er durch die neue Sache erlangt, dem Verkäufer Ersatz leisten (vergl. § 281).

2. Der Veräußerer muß dem Erwerber auch die Vertragskosten ersetzen. Zu irgend einem Schadensersatze wird er durch die Wandelung nicht verpflichtet.

3. Wird in Gemäßheit des § 354 die Wandelung unwirksam, so bleibt dem Käufer noch das Recht auf Minderung.

§§ 469—471. 4. Ist die Hauptsache mangelhaft und erfolgt deswegen Wandelung, so erstreckt diese sich auch auf die Nebensache; ist nur letztere mangelhaft, so kann Wandelung nur in Ansehung ihrer verlangt werden (§ 470).[10])

5. Sind, abgesehen von dem Falle des § 470, durch einen Vertrag mehrere Sachen, z. B. ein Inbegriff, veräußert worden und sind nur einzelne der veräußerten Sachen mangelhaft, so kann die Wandelung nur in Ansehung dieser verlangt werden. Dies ist selbst dann der Fall, wenn für sämmtliche Sachen ein Gesammtpreis festgesetzt ist (§ 469 Satz 1). Dieser Gesammtpreis ist dann in dem Verhältnisse herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Vertragsabschlusses der Gesammtwerth der fehlerfreien Sachen zu dem Werthe der von der Wandelung nicht betroffenen Sachen steht (§ 471).[11]) — Eine Ausnahme von dieser Regel tritt unter der doppelten Voraussetzung ein, daß die Sachen als zusammengehörend veräußert sind (z. B. ein Paar Ohrringe, ein Anzug, ein Dutzend Teller, ein mehrbändiges Werk u. s. w.), — wofür die Festsetzung einer Gesammtleistung nicht entscheidend ist, — und daß ferner die fehlerhaften Sachen von den übrigen nicht ohne Nachtheil für den einen oder anderen Theil getrennt werden können. Liegen diese beiden Voraussetzungen vor, so kann derjenige Theil, zu dessen Nachtheil die Trennung gereichen würde, verlangen, daß die Wandelung auf alle Sachen erstreckt werde (469 Satz 2).

§§ 472—475. II. Rücksichtlich der Berechnung des Minderpreises hat sich das BGB. der sog. relativen Methode angeschlossen.

1. Es ist der Kaufpreis in dem Verhältnisse des Werthes der fehlerfreien Sache zum wirklichen Werthe im mangelhaften Zustande zu mindern, und zwar ist für die Werthberechnung die Zeit des Vertragsabschlusses maßgebend (§ 472 Abs. 1).[12]) Ohne Bedeutung

---

Mehl, probeweises Verarbeiten von Tabak) nicht vorzunehmen. Anders bei einem zweiseitigen Handelskaufe (vergl. Staub Anm. 14 zu § 377 HGB).

[10]) Nebensache ist nicht identisch mit Zubehör. Auch andere Sachen können nach Lage des Falles sich als Nebensachen darstellen (vergl. § 947).

[11]) Es sind 2 Pferde für 800 M. verkauft worden, wegen des einen findet wegen Mangelhaftigkeit Wandelung statt. Es muß festgestellt werden, welches zur Zeit des Kaufes der Werth der beiden Pferde in mangelfreiem Zustande gewesen wäre. Nehmen wir an, beide Pferde wären in mangelfreiem Zustande 1000 Mark und zwar das von der Wandelung nicht betroffene 600, das zurückzugewährende (ohne den Mangel) 400 Mark werth gewesen, dann ist der Gesammtpreis von 800 Mark im Verhältnisse von 1000 : 600 herabzusetzen, also 1000 : 600 = 800 : x; x = 480 Mark. Der Käufer behält also das mangelfreie Pferd für 480 M., auf das fehlerhafte entfallen vom Gesammtpreise 320 M. — Diese Berechnung greift übrigens auch im Falle des § 470 S. 2, wenn Wandelung nur in Ansehung der Nebensache stattfindet, Platz.

[12]) Ist eine Sache, die fehlerfrei zur Zeit des Kaufes 100 M. werth ist, für 80 M. verkauft worden, und ist die Sache in Folge des Mangels nur 60 M. werth, so ist nicht um 80 — 60, also 20 Mark zu mindern (absolutes Prinzip), sondern 100 (Werth der fehlerfreien Sache) : 80 (dem vereinbarten Preise) = 60 (Werth der fehlerhaften Sache) : x (dem Preise, der hiernach für die fehlerhafte Sache gezahlt worden wäre); x = 48; es ist also zu mindern um 80 — 48 = 32.

ist es für die Minderung, daß der Käufer inzwischen die Sache mit Gewinn weiter veräußert hat.

2. Sind mehrere Sachen für einen Gesammtpreis verkauft worden, und findet die Minderung nur wegen einzelner Sachen statt, so ist der Gesammtwerth aller Sachen zu Grunde zu legen (§ 472 Abs. 2); die Berechnung erfolgt ebenso, wie im Falle des § 471[13]).

3. Besteht die Gegenleistung außer in Geld in Leistungen, die etwas Anderes als vertretbare Sachen zum Gegenstande haben[14]), z. B. eine individuell bestimmte Sache oder die Gewährung eines Wohnungsrechts, die Leistung von Diensten u. s. w., so sind diese Leistungen nach ihrem Werthe zur Zeit des Verkaufs in Geld zu berechnen; die so berechnete Gegenleistung (Geldpreis plus Geldwerth der Leistungen) wird nach obigen Grundsätzen gemindert. Jedoch findet die thatsächliche Minderung nur an dem in Geld festgesetzten Preise statt, die anderen Leistungen muß der Käufer trotz seines Minderungsrechts voll bewirken. Ist der Geldpreis geringer als der abzuziehende Betrag (das quantum minus), so hat der Verkäufer den überschießenden Betrag dem Käufer herauszuzahlen (§ 473). Diese Vorschrift findet auch dann Anwendung, wenn bei einem Veräußerungsvertrage die Gegenleistung überhaupt in nicht vertretbaren Sachen besteht[15]).

4. Während das Recht der Wandelung untheilbar ist (§§ 467, 356), also nur von allen Käufern und nur gegen alle Verkäufer ausgeübt werden kann, ist dies bei der Minderung nicht der Fall, es kann vielmehr jeder Käufer für seinen Theil Minderung verlangen. Hat dies ein Käufer gethan und ist die Minderung vollzogen, so ist, eben wegen der Untheilbarkeit des Wandelungsrechts, die Wandelung auch für die anderen Käufer ausgeschlossen, sie können gleichfalls nur noch Minderung verlangen. — Sind mehrere Verkäufer vorhanden, so kann auch gegen jeden auf seinen Theil Minderung verlangt werden (§ 474).

5. Der Umstand, daß wegen eines Mangels die Minderung vollzogen ist, hindert den Erwerber nicht, wegen eines anderen Mangels[16]) von neuem Minderung oder Wandelung zu verlangen (§ 475). Verlangt er nach einer

---

[13]) S. oben Anm. 11.

[14]) Besteht der Kaufpreis außer in Geld in anderen vertretbaren Sachen, so sind auch diese verhältnißmäßig zu reduzieren, nach der in Anm. 12 gegebenen Berechnungsweise. Planck (Anm. 3 zu § 473) und mit ihm Oertmann (Anm. 1 b zu § 473) nehmen an, daß der Käufer die Wahl habe, ob er das quantum minus an dem Geldpreis oder der Nebenleistung kürzen wolle. Diese Annahme hat jedoch keine Basis im Gesetz, auch wird man beiden Theilen mehr gerecht, wenn sowohl der Geldpreis, als die vertretbaren Sachen gleich gemindert werden. Bei dieser Berechnung ist es auch nicht nöthig, wie Planck und Oertmann wollen, auch für vertretbare Sachen den § 473 S. 1 anzuwenden und sie in Geld zu veranschlagen. A. verkauft dem B. einen Wagen für 100 Mk. und 10 Ctr. Kartoffeln. B. verlangt Minderung. War der Wagen im fehlerfreien Zustande 200 Mk., in Folge des Mangels aber nur 150 Mk. werth, so ist im Verhältnisse von 200:150, oder von 4:3 der Kaufpreis herabzusetzen; er beträgt also 75 Mk. und 7½ Ctr. Kartoffeln.

[15]) Insbesondere ist diese Berechnungsart anzuwenden, wenn beim Tausche die Minderung stattfindet. A. und B. haben zwei Sachen gegeneinander ausgetauscht, die Sache, die B. erhalten hat, ist mangelhaft und er verlangt Minderung. Nimmt man an, daß die Sache, die A. dem B. gegeben hat, zur Zeit des Tausches ohne Fehler 100, mit dem Fehler 60 werth ist, die Sache, die B. dem A. gegeben hat, einen Werth von 80 hat, so hat A. dem B. 32 herauszuzahlen (s. das Beispiel in Anm. 12.)

[16]) Dieser braucht nicht später entdeckt zu sein (anders E. I § 393); freilich kann in der Nichtgeltendmachung eines bereits entdeckten Mangels unter Umständen ein Verzicht gefunden werden, vergl. Planck Anm. 1 zu § 475, Dernburg II § 187 Anm. 8.

Minderung Wandelung, so ist die ihm zurückzugewährende Gegenleistung nicht die ursprüngliche, sondern die durch die Minderung herabgesetzte.

§ 137. Die Verjährung der Gewährleistungsansprüche.

§§ 477—479. Die Gewährleistungsansprüche unterliegen einer kurzen Verjährung (§ 477)[1].

1. Die Gewährleistungsansprüche, und zwar sowohl der Anspruch auf Wandelung oder Minderung wie der auf Schadensersatz wegen des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft (§ 463 Satz 1) verjähren bei beweglichen Sachen in sechs Monaten, bei Grundstücken in einem Jahre: die Ansprüche wegen arglistigen Verschweigens eines Mangels[2]) dagegen verjähren in 30 Jahren, und zwar nicht nur der Schadensersatzanspruch, sondern auch der Anspruch auf Wandelung oder Minderung, sodaß der Käufer in diesem Falle nach Ablauf der kurzen Verjährungsfrist nicht auf den Schadensersatzanspruch beschränkt ist, sondern auch Wandelung oder Minderung verlangen kann.

2. Die kurze Verjährung beginnt bei beweglichen Sachen nicht mit der Uebergabe, sondern mit der Ablieferung, d. h. dem Zeitpunkt, in dem die Sache in die Verfügungsgewalt des Käufers gelangt und er somit regelmäßig die Möglichkeit erlangt, den Fehler zu entdecken[3]). Es ist dies von besonderer Bedeutung in den Fällen des Uebergabersatzes (§§ 930, 931), in denen somit die Verjährung nicht schon mit der den Eigenthumsübergang bewirkenden Uebergabe, sondern erst mit der thatsächlichen Ablieferung beginnt. Bei Grundstücken beginnt aus demselben Grunde die Verjährung nicht mit der Auflassung, sondern mit der Uebergabe[4]).

3. Abweichend von der Regel des § 225 kann hier die Verjährungsfrist durch Vertrag verlängert werden, selbst über die ordentliche Verjährungsfrist hinaus; die Festsetzung einer längeren Garantiefrist wird häufig eine solche Verlängerung der Verjährungsfrist enthalten. — Die Abkürzung der Verjährungsfrist ist nach § 225 zulässig.

---

[1]) Nur die Ansprüche auf Wandelung oder Minderung sind der kurzen Verjährung unterworfen, nicht die Ansprüche aus der vollzogenen Wandelung oder Minderung. Hat z. B. der Verkäufer sich mit der vom Käufer verlangten Wandelung oder Minderung einverstanden erklärt, sodaß die Wandelung oder Minderung nach § 465 vollzogen ist, so hat der Käufer keinen Anspruch auf Wandelung oder Minderung mehr, der der kurzen Verjährung des § 477 unterworfen sein könnte; diese Ansprüche sind durch Erfüllung erloschen (§ 362). Die Ansprüche, die ihm in Folge der vollzogenen Wandelung oder Minderung zustehen, verjähren in 30 Jahren. Vergl. Planck Anm. 1a zu § 477, A. M. Neumann Anm. II zu § 477.

[2]) Die Ausnahme, nämlich die 30jährige Verjährung, tritt ein, sowohl wenn der Verkäufer einen Fehler des § 459 Abs. 1, als wenn er das Nichtvorhandensein einer Eigenschaft des § 459 Abs. 2 arglistig verschwiegen hat. Dies ergiebt sich daraus, daß es im § 477 heißt: sofern nicht der Verkäufer den „Mangel“ arglistig verschwiegen hat. (Vergl. oben § 134 Anm. 7 und Planck Anm. 2 zu § 477.) Die Ausnahme greift weiter als die Vorschrift des § 463 S. 2. Dort heißt es: wenn der Verkäufer einen „Fehler“ arglistig verschwiegen hat, und es sind somit nur Fehler im Sinne des § 459 Abs. 1 gemeint. Im § 463 S. 2 brauchten die zugesicherten Eigenschaften nicht erwähnt zu werden, da ihr Fehlen schon nach Satz 1 den Schadensersatzanspruch begründet, selbst wenn der Verkäufer nicht arglistig gehandelt hat.

[3]) Vergl. Prot. I S. 702. Darauf, daß nach den besonderen Umständen eines Falles diese Möglichkeit trotz der Ablieferung nicht vorliegt oder daß der Käufer trotz der Möglichkeit nichts thut, um den Mangel zu entdecken, oder daß er daran verhindert ist, kommt es nicht an; die Verjährung beginnt dennoch mit der Ablieferung. Ueber den Begriff der Ablieferung vergl. insbesondere RG. Bd. 5 S. 28 ff., JW. 1894 S. 22 Nr. 56.

[4]) Ueber den Begriff der Uebergabe, der hier derselbe ist, wie im § 446 vergl. oben § 131 Anm. 2.

4. Die **Unterbrechung der Verjährung** tritt außer in den regelmäßigen Fällen (§ 208 ff.) auch dadurch ein, daß der Käufer gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises beantragt [5]). Die Unterbrechung dauert bis zur Beendigung des Verfahrens, d. h. bis die angeordnete Beweisaufnahme vollständig erledigt ist. Auf diese Unterbrechung kommen die für die Unterbrechung der Verjährung durch Klagerhebung gegebenen Vorschriften der §§ 211 Absatz 2 und 212 zur entsprechenden Anwendung. Die Unterbrechung endigt somit, wenn der Antragsteller das Verfahren nicht weiter betreibt und es dadurch in Stillstand geräth, und zwar tritt die Beendigung der Unterbrechung bereits mit der letzten Prozeßhandlung des Antragstellers oder des Gerichts ein. Die nun beginnende neue Verjährung wird wieder unterbrochen, wenn der Antragsteller das Verfahren weiter betreibt. Wird der Antrag zurückgenommen oder rechtskräftig zurückgewiesen [6]), so gilt die Unterbrechung als nicht erfolgt. Bringt der Antragsteller das Gesuch binnen sechs Monaten von neuem an, so gilt mit der Anbringung des **ersten** Gesuchs die Verjährung als unterbrochen.

5. Die Unterbrechung oder Hemmung der Verjährung **eines** Gewährleistungs-Anspruchs unterbricht oder hemmt auch die Verjährung der anderen. Erhebt also z. B. der Käufer die Schadensersatzklage aus § 463 Satz 1 und wird er mit dieser abgewiesen, weil er nicht beweisen kann, daß die zugesicherte Eigenschaft schon zur Zeit des Vertragsabschlusses gefehlt hat, so war mit der Erhebung dieser Klage die Verjährung des ihm zustehenden Anspruchs auf Wandelung oder Minderung unterbrochen.

6. Wenn auch der Anspruch auf Wandelung oder Minderung verjährt ist, so **bleibt die entsprechende Einrede doch erhalten** [7]), wenn der Käufer vor Vollendung der Verjährung entweder

a) dem Verkäufer den Mangel angezeigt oder mindestens die Anzeige an ihn abgesandt oder

b) die gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises beantragt oder

c) in einem zwischen ihm und einem späteren Erwerber der Sache wegen des Mangels anhängigen Rechtsstreite dem Verkäufer den Streit verkündet hat [8]).

Die Erhaltung der Einrede hat die Wirkung, daß der Käufer gegenüber der Klage des Verkäufers die Gegenleistung insoweit verweigern kann, als er auf Grund der Wandelung oder Minderung dazu berechtigt sein würde. Bei dem arglistigen Verschweigen des Mangels durch den Verkäufer ist diese Einrede selbst dann nach Ablauf der Verjährung zulässig, wenn der Käufer keine dieser drei Handlungen vorgenommen hat (§ 478). Dringt der Käufer mit seiner Einrede durch, so ist auch in diesem Falle mit der Rechtskraft des den Kläger

[5]) Nach § 488 CPO. kann der Käufer zur Feststellung der Mängel die Beweisaufnahme auch dann beantragen, wenn die Voraussetzungen des 485 CPO. nicht vorliegen. Auch der Verkäufer hat dieses Recht, wenn der Käufer ihm einen Mangel angezeigt oder die Annahme der Sache wegen Mangelhaftigkeit abgelehnt hat.

[6]) Da der zurückweisende Beschluß der einfachen Beschwerde unterliegt, so tritt, wenn keine Beschwerde eingelegt wird, überhaupt keine Rechtskraft des Beschlusses ein. Die Nichteinlegung der Beschwerde fällt unter § 211 Abs. 2.

[7]) Entgegen dem Prinzipe des § 222 BGB., aber entsprechend der Praxis des preußischen Rechtes (Entsch. des Ob.Tr. Bd. 62 S. 200). Vergl. auch §§ 821, 853.

[8]) Diese Streitverkündung ist keine im Sinne des § 209 Abs. 2 Nr. 4, denn von dem Ausgange dieses Prozesses hängt der Anspruch des Käufers gegen den Verkäufer nicht ab. Vergl. oben § 64 Anm. 45. Die Streitverkündung unterbricht daher nicht die Verjährung des Anspruchs auf Wandelung oder Minderung, sondern erhält nur nach der Sondervorschrift des § 478 die Einrede.

vollständig oder theilweise abweisenden Urtheils die Wandelung oder Minderung vollzogen.

7. Während grundsätzlich (nach der Vorschrift des § 390 Satz 2) eine verjährte Forderung immer dann zur Aufrechnung gestellt werden kann, wenn sie zu der Zeit, wo sie gegen die andere Forderung aufgerechnet werden konnte, noch nicht verjährt war, kann der Anspruch auf Schadensersatz wegen des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft (§ 463 Satz 1) — auf den Fall des § 463 Satz 2 kommt die Beschränkung nicht zur Anwendung — nach Vollendung der Verjährung nur dann aufgerechnet werden, wenn vorher der Käufer eine der oben (unter 6) angegebenen drei Handlungen vorgenommen hat. Diese dem § 478 entsprechende Vorschrift des § 479 enthält somit eine Einschränkung des im § 390 Satz 2 gegebenen Grundsatzes.

§ 138. Gewährleistung beim Gattungskaufe.

§ 480. Bei dem Verkauf einer nur der Gattung nach bestimmten Sache hat der Käufer gleichfalls den Anspruch auf Wandelung oder Minderung, er kann aber statt dessen auch die Lieferung einer mangelfreien Sache an Stelle der mangelhaften verlangen[1]. Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung statt dieser Ansprüche (der Wandelung, der Minderung oder der Lieferung einer mangelfreien Sache) steht, entsprechend dem § 463, dem Käufer dann zu, wenn der Sache zur Zeit, zu welcher die Gefahr auf ihn übergeht[2], eine zugesicherte Eigenschaft nicht hat oder der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen hat.

Das Verlangen der Lieferung einer mangelfreien Sache an Stelle der mangelhaften ist eine besondere Art der Wandelung; es kommen daher auf diesen Anspruch die für die Wandelung gegebenen Vorschriften zur entsprechenden Anwendung[3]. Hierbei ist besonders hervorzuheben: Bis zur Erklärung des Einverständnisses seitens des Verkäufers (§ 465) kann der Käufer von der getroffenen Wahl wieder abgehen[4]. Die mangelhafte Sache muß er zurück-

[1] Dem Verkäufer ist nicht das Recht gegeben, der vom Käufer gewählten Wandelung oder Minderung gegenüber eine mangelfreie Sache anzubieten und deren Annahme zu fordern, denn durch die Lieferung ist das Schuldverhältniß auf die bestimmte, wenn auch mangelhafte Sache konzentriert. Vergl. Dernburg II § 188 Anm. 3. — Neben der Lieferung der mangelfreien Sache kann der Käufer wegen der verzögerten Erfüllung des Vertrags Schadensersatz fordern. Von dem Falle der Lieferung einer mangelhaften Sache derselben Gattung ist der Fall zu unterscheiden, daß die Sache nach den Anschauungen des Verkehrs einer anderen Gattung angehört, daß also nicht ein minus, sondern ein aliud geliefert ist. Dann hat der Käufer schlechthin die Rechte, die ihm in Folge der Nichterfüllung des Vertrags zustehen.

[2] An die Stelle des Zeitpunkts des Vertragsabschlusses beim Spezieskaufe (§ 463) muß beim Genuskaufe der Zeitpunkt treten, in dem die Gattungsobligation sich auf eine bestimmte Sache konzentriert. Auffallend ist es freilich, daß dieser Zeitpunkt im § 480 („Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht") anders fixiert ist, als im § 243 Abs. 2 (Zeitpunkt, in dem „der Schuldner das zur Leistung seinerseits Erforderliche gethan hat").

[3] Wie § 479 zur analogen Anwendung kommen soll, ist freilich nicht ersichtlich. Von der Anwendbarkeit ausgeschlossen ist nur § 467 S. 2, denn da durch die Lieferung einer mangelfreien Sache der Vertrag aufrecht erhalten bleibt, kann von dem Ersatze der Vertragskosten keine Rede sein.

[4] Die Anwendung des § 466 führt dahin, daß der Verkäufer, dem gegenüber der Käufer einen Mangel behauptet hat, sich unter Setzung einer Erklärungsfrist zur Lieferung einer mangelfreien Sache erbieten kann. Da nach Ablauf der Frist dem Käufer noch die Wahl zwischen der Wandelung und der Minderung freisteht, so kann der Verkäufer sich sogleich nach der Wahl des Käufers sowohl zur Lieferung einer mangelfreien Sache wie zur Wandelung erbieten, sodaß nach Ablauf der Frist der Käufer nur noch Minderung verlangen kann. Vergl. Prot. VI S. 181.

gewähren, ihr kasueller Untergang hindert jedoch den Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache nicht, ebenso wenig die Umgestaltung, wenn der Mangel sich erst bei dieser gezeigt hat (§ 467). Der Anspruch ist untheilbar: hat einer der Käufer Minderung verlangt, so ist mit deren Vollziehung der Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache für alle ausgeschlossen (§§ 467, 356, 474). Der Anspruch unterliegt der kurzen Verjährung, außer wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat (§ 477); im Falle des § 478 kann der Käufer die Zahlung des Kaufpreises bis zur Lieferung einer mangelfreien Sache verweigern.

§ 139. Gewährleistung für Viehmängel.

§§ 481—492.

Die besonderen Vorschriften, welche das BGB. für die Gewährleistung für Viehmängel giebt, kommen nur beim Kaufe — und bei kaufähnlichen Geschäften (§ 493) — von Pferden, Eseln, Mauleseln und Maulthieren, von Rindvieh, Schafen und Schweinen zur Anwendung (§ 481). Rücksichtlich aller anderen Thiergattungen gelten die allgemeinen Vorschriften. — Die Besonderheiten, welche für die Gewährleistung für Mängel der bezeichneten Thiergattungen vorgeschrieben sind, lassen sich dahin zusammenfassen, daß der Verkäufer nur für bestimmte Fehler, die sog. Hauptmängel, haftet, und für diese auch nur dann, wenn sie innerhalb bestimmter Fristen (der sog. Gewährfristen) hervortreten[1]), daß ferner keine Minderung, sondern nur Wandelung verlangt werden kann und endlich, daß die Verjährungsfrist noch eine weitere Abkürzung erfährt. Im Einzelnen ist zu bemerken:

I. Die Haftung des Verkäufers für die Hauptmängel hat die doppelte Bedeutung, daß einerseits die Haftung selbst dann eintritt, wenn diese Fehler den Werth oder die Tauglichkeit des Thieres nicht beeinflussen[2]) (vergl. § 459), daß andererseits aber der Verkäufer von der gesetzlichen Haftung für alle anderen Fehler frei ist. Eine weitergehende Haftung kann durch besondere Abrede oder durch Zusicherung einer Eigenschaft des verkauften Thieres begründet werden (§ 492). Liegen die Voraussetzungen des § 460 rücksichtlich eines Hauptmangels vor, so ist die Haftung ausgeschlossen[3]).

II. Voraussetzung für die Haftung des Verkäufers ist ferner, daß der Hauptmangel sich innerhalb der Gewährfrist[4]) gezeigt hat. Ist dies der Fall,

[1]) Die Hauptmängel und die Gewährfristen sind auf Grund der Vorschrift des § 482 Abs. 2 durch die mit Zustimmung des Bundesraths erlassene Kaiserliche Verordnung vom 27. März 1899 (RGB. S. 219) bestimmt. Diese Verordnung setzt bei jeder Thiergattung die Hauptmängel verschieden fest, je nachdem es sich um Nutz- und Zuchtthiere oder um Schlachtthiere handelt. Die Gewährfrist beträgt, von wenigen Ausnahmen abgesehen, 14 Tage. Die Erwägungen, welche für die Beschlußfassung des Bundesraths maßgebend gewesen sind, sind im Deutschen Reichs-Anzeiger vom 5. Juni 1899 (Nr. 130) mitgetheilt.

[2]) Das Gesetz geht davon aus, daß die Hauptmängel immer den Werth oder die Tauglichkeit des Thieres vermindern. Ein Gegenbeweis, daß diese Voraussetzung im einzelnen Falle nicht vorliegt, ist ausgeschlossen. Vergl. M. II S. 252.

[3]) Hat der Verkäufer einen Hauptmangel arglistig verschwiegen, so haftet er nach § 463 auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, hat er einen anderen Mangel arglistig verschwiegen, so kann eine Schadensersatzpflicht wegen unerlaubter Handlung begründet sein. Daneben steht dem Käufer die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung offen. Vergl. M. II S. 263, Planck Anm. 2 zu § 482, Neumann Anm. 2 zu § 482, Oertmann Anm. 2 zu § 482. — Zu beachten ist ferner, daß auch die §§ 461, 464 zur Anwendung kommen, daß also insbesondere die vorbehaltlose Annahme des Thieres trotz Kenntniß des Hauptmangels die Gewährleistungsansprüche des Käufers beseitigt.

[4]) Der gesetzlichen oder der in Gemäßheit des § 486 vereinbarten. Ueber die Berechnung der Gewährfrist vergl. §§ 483, 187 Abs. 1, 188.

so wird dadurch die Vermuthung begründet, daß der Hauptmangel zu der nach § 459 entscheidenden Zeit, nämlich der, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergegangen ist, vorhanden gewesen sei (§ 484). Diese Vermuthung kann der Verkäufer durch den Beweis widerlegen, daß der Fehler erst nach dem Uebergange der Gefahr entstanden ist, er ihn also nicht zu vertreten hat. Tritt dagegen der Mangel erst nach dem Ablaufe der Gewährfrist hervor, so ist dem Käufer der Beweis, daß der Mangel zu der Zeit des Ueberganges der Gefahr schon vorhanden gewesen ist, nicht gestattet, vielmehr ist die gesetzliche Haftung des Verkäufers ausgeschlossen.

III. Die Haftung des Verkäufers ist endlich davon abhängig, daß der Käufer rechtzeitig den Mangel dem Verkäufer anzeigt (§ 485). Die Unterlassung der Anzeige hat also nicht nur die Folge, daß der Käufer sich nicht auf die zu seinen Gunsten aufgestellte Vermuthung des § 484 berufen kann,[5] sie zieht vielmehr den Verlust aller dem Käufer wegen des Mangels zustehenden Rechte nach sich. Die Beweislast dafür, daß dieser Verlust eingetreten ist, trifft den Verkäufer. Der Anzeige, — welche spätestens zwei Tage nach Ablauf der Gewährfrist oder dem vorher eingetretenen Tode des Thieres erfolgen muß,[6] — steht die Erhebung der Klage oder eine andere der im § 478[7] erwähnten Handlungen gleich. Hat der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen, so bleiben die Rechte des Käufers trotz der unterlassenen Mängelanzeige bestehen.[8])

IV. Die Rechte des Käufers sind dahin beschränkt, daß er nur Wandelung, nicht auch Minderung verlangen kann (§ 487 Abs. 1). Dieser Ausschluß des Minderungsanspruchs tritt auch dann ein, wenn nach den für den vertragsmäßigen Rücktritt gegebenen Vorschriften (§§ 351 bis 353) der Rücktritt, und damit nach § 467 auch die Wandelung, eigentlich ausgeschlossen wäre, was insbesondere dann der Fall wäre, wenn der Käufer den Untergang des Thieres verschuldet, z. B. es geschlachtet hat. Trotzdem der Käufer zur Rückgewähr des Thieres in Folge eigenen Verschuldens nicht im Stande ist, ist er dennoch zur Wandelung, und zwar *nur* zur Wandelung berechtigt. Statt der Rückgewähr des Thieres hat er dem Verkäufer dessen Werth zu vergüten, zu einem Schadensersatz ist er — in Abweichung von den Vorschriften der §§ 347, 989 — nicht verpflichtet.[9]) Dasselbe gilt, wenn der Käufer das Thier aus einem anderen von ihm zu vertretenden Umstand, insbesondere

---

[5]) So war es im preußischen Rechte. ALR. § 200 I 11.

[6]) Die Frist zur Anzeige ist eine Ausschlußfrist, auf welche *keine* der für die Verjährung gegebenen Vorschriften Anwendung findet, auch nicht die der §§ 203, 206, 207, welche sonst häufig (z. B. § 124, 210, 802) für Ausschlußfristen für anwendbar erklärt sind. Der Verlust des Rechtes tritt also insbesondere auch dann ein, wenn der Käufer durch höhere Gewalt an der rechtzeitigen Anzeige gehindert worden ist.

[7]) Vergl. oben § 137 unter 6. Rücksichtlich der Sicherung des Beweises vergl. § 488 CPO. und oben § 137 unter 4.

[8]) Nach § 382 HGB. werden durch die Vorschriften des HGB. über den Handelskauf (§ 373—381) die Vorschriften der §§ 481—492 BGB. nicht berührt. Die Folge hiervon ist, daß auch, wenn der Viehkauf für beide Theile ein Handelskauf ist, für die Anzeigepflicht des Käufers nicht § 377 HGB., sondern § 485 BGB. maßgebend ist (vergl. Denkschrift zu dem Entw. eines HGB. S. 245). Die Anzeige ist unter allen Umständen rechtzeitig, wenn die Frist des § 485 gewahrt ist, sie ist nach Ablauf dieser Frist selbst dann verspätet, wenn sie auch als eine unverzügliche im Sinne des § 377 HGB. anzusehen sein sollte.

[9]) Ist das Thier durch Zufall untergegangen oder verschlechtert worden, so kann der Käufer wandeln, ohne zu einer Vergütung verpflichtet zu sein (§ 350), abgesehen von der durch § 281 begründeten Verpflichtung. War z. B. das Thier versichert, so muß er die Entschädigung herausgeben oder den Anspruch gegen die Versicherungsgesellschaft abtreten.

weil er über das Thier verfügt hat, nicht zurückgewähren kann (§ 487 Abs. 2)[10]. — Hat der Käufer den Untergang oder eine wesentliche Verschlechterung des Thieres verschuldet, so hat er, wie bereits erwähnt, statt der Rückgewähr den Werth zu ersetzen; hat er vor Vollziehung der Wandelung[11]) eine unwesentliche Verschlechterung verschuldet, so hat er außer der Rückgewähr des verschlechterten Thieres dessen Werthverringerung zu vergüten (§ 487 Abs. 3).

V. Der Käufer, der von dem Wandelungsrechte Gebrauch macht, braucht dem Verkäufer nur die Nutzungen, die er wirklich gezogen, nicht auch, wie es eigentlich nach §§ 347, 987 der Fall sein müßte, diejenigen, welche er hätte ziehen können, zu ersetzen (§ 487 Abs. 4). Andererseits muß der Verkäufer dem Käufer die Kosten der Fütterung und Pflege, die Kosten der thierärztlichen Untersuchung und Behandlung und die Kosten der nothwendig gewordenen Tödtung und Wegschaffung des Thieres ersetzen (§ 488). Damit diese Kosten nicht zu sehr anwachsen, ist auf den Antrag jeder der Parteien, wenn ein Rechtsstreit über den Wandelungsanspruch anhängig ist, die Versteigerung des Thieres und die Hinterlegung des Erlöses anzuordnen (§ 489). Die Anordnung erfolgt durch einstweilige Verfügung, für deren Erlaß die Voraussetzungen der §§ 937 ff. CPO. nicht vorzuliegen brauchen (§ 16 Ziffer 3 EG. zur CPO.); Voraussetzung ist jedoch, daß nach dem Ermessen des Gerichts die Besichtigung des Thieres nicht mehr erforderlich ist.

VI. Die Vorschrift des § 480[12]) kommt auch beim Viehkaufe zur Anwendung: ist nicht ein individuell, sondern ein nur der Gattung nach bestimmtes Thier verkauft worden, so hat der Käufer die Wahl, ob er Wandelung oder statt dessen die Lieferung eines mangelfreien Thieres an Stelle des mangelhaften verlangen will (§ 491)[13]). Uebrigens kommt, wenn das verkaufte Thier nur der Gattung nach bestimmt ist, neben der Verpflichtung des Verkäufers, für die Hauptmängel zu haften, die Vorschrift des § 243 zur Anwendung, nach welcher der Verkäufer ein Thier mittlerer Art und Güte liefern muß[14]).

---

[10]) Dies mußte im § 487 Abs. 2 besonders vorgeschrieben werden, weil dieser Fall nicht durch die §§ 351—353 gedeckt wird. Hat der Käufer z. B. das Thier weiterverkauft und übergeben, so würde dies an sich die Wandelung nach den Bestimmungen über den vertragsmäßigen Rücktritt nicht ausschließen; wenn er aber mit der Rückgewähr des Thieres in Verzug kommt, könnte ihm der Verkäufer nach § 354 eine Frist bestimmen, mit deren fruchtlosem Ablaufe die Wandelung unwirksam würde. Die Anwendung dieser Vorschrift ist hier ausgeschlossen. Auch wenn der Käufer das Thier, über das er verfügt hat, sich nicht zurückverschaffen und es nicht zurückgewähren kann, kann er trotzdem vom Kaufe zurücktreten (wandeln) und hat dem Verkäufer nur den Werth des Thieres — nicht etwa den beim Weiterverkauf erzielten Preis — zu erstatten.

[11]) Hat der Käufer nach Vollziehung der Wandelung den Untergang oder eine wesentliche oder unwesentliche Verschlechterung des Thieres verschuldet, so ist er schadensersatzpflichtig.

[12]) Vergl. oben § 138.

[13]) Nach § 491 S. 2 finden auf diesen Anspruch die §§ 488, 489 Anwendung. Es kommt aber auch § 487 zur Anwendung. Denn nach § 480 ist der Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache ebenso zu behandeln wie der Anspruch auf Wandelung. Demgemäß müssen hier die für den Anspruch auf Wandelung im § 487 gegebenen Modifikationen Platz greifen, d. h. auch der Anspruch auf Lieferung eines mangelfreien Thieres ist in denjenigen Fällen nicht ausgeschlossen, in welchen nach § 487 Abs. 2 die Wandelung zulässig ist. Kann z. B. der Käufer das mangelhafte Thier nicht zurückgewähren, weil er es geschlachtet oder weil er über das Thier verfügt hat, so kann er trotzdem die Lieferung eines mangelfreien Thieres verlangen, er hat aber dem Verkäufer den Werth des mangelhaften Thieres zu vergüten. — Nach § 487 Abs. 4 muß der Käufer die von dem mangelhaften Thiere thatsächlich gezogenen Nutzungen ersetzen.

[14]) Vergl. Cosack I S. 439. Die Sache ist so zu beurtheilen, als hätte der Verkäufer durch besondere Abrede die Gewährleistung für alle diejenigen Fehler übernommen (§ 492),

VII. Endlich steht dem Käufer das Recht, statt der Wandelung Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, in denjenigen Fällen zu, in denen es bei der Mangelhaftigkeit der Sache nach § 463 überhaupt der Fall ist, nämlich wenn dem Thiere zur Zeit des Kaufes[15]) eine zugesicherte Eigenschaft fehlt und wenn der Verkäufer einen Hauptmangel arglistig verschwiegen hat.

VIII. Die Gewährleistungsansprüche verjähren in sechs Wochen[16]) (§ 490). Hierzu ist im Einzelnen zu bemerken:

1. Die Herabsetzung der Verjährungsfrist gilt sowohl für den Anspruch auf Wandelung als auch für den Anspruch auf Schadensersatz wegen eines Hauptmangels, dessen Nichtvorhandensein der Verkäufer zugesichert hat, sowie für den Anspruch auf Lieferung eines mangelfreien Thieres (§ 491)[17]). Dagegen verjähren die Ansprüche wegen arglistigen Verschweigens eines Hauptmangels in 30 Jahren (§§ 490 Abs. 1 S. 2, 477).

2. Die Verjährungsfrist von sechs Wochen beginnt nicht, wie nach § 477 Abs. 1, mit der Ablieferung des Thieres, sondern erst mit dem Ende der Gewährfrist (§ 490 Abs. 1, vergl. jedoch § 492 S. 2).

3. Die im § 477 Abs. 2 und 3 gegebenen besonderen Vorschriften über die Unterbrechung und Hemmung der Verjährung sowie die Vorschrift, daß die Verjährungsfrist durch Vertrag verlängert werden kann (§ 477 Abs. 1 S. 2),[18]) gelten auch für die sechswöchige Verjährungsfrist.

4. Ist der Anspruch auf Wandelung verjährt, so bleibt die Einrede gegen den Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises dennoch bestehen (§ 490 Abs. 3). Diese Vorschrift korrespondiert mit der des § 478. Daß eine der im § 478 bezeichneten Handlungen[19]) vorgenommen sein muß, folgt schon aus § 485, weil sonst der Käufer die ihm wegen des Mangels zustehenden Rechte überhaupt verloren hat, er also die Zahlung des Kaufpreises nicht verweigern kann. Daher kann der Anspruch auf Schadensersatz, wenn er auch verjährt ist, dennoch ohne Weiteres zur Aufrechnung gestellt werden, ohne daß die Voraussetzung des § 479 noch besonders erfüllt zu sein braucht.

IX. Auch wenn der Verkäufer die Gewährleistung wegen eines nicht zu den Hauptmängeln gehörenden Fehlers übernommen[20]) oder eine Eigenschaft des

---

welche dem Thiere die Eigenschaft eines Thieres mittlerer Art und Güte rauben. Welche Fehler dazu gehören, ist in jedem Falle durch Auslegung festzustellen.

[15]) Vergl. oben § 135 unter 2. Beim Gattungskaufe (§§ 480, 491), bei welchem der Käufer in den Fällen des § 463 das dreifache Wahlrecht hat: Wandelung oder Lieferung eines mangelfreien Thieres oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen (§ 480 Abs. 2), muß die zugesicherte Eigenschaft zur Zeit des Ueberganges der Gefahr fehlen.

[16]) Auch in den Fällen der §§ 210, 212, 215 ist die Frist von sechs Monaten auf sechs Wochen herabgegesetzt (§ 490 Abs 2).

[17]) Ferner greift die sechswöchige Verjährungsfrist in den Fällen des § 492 Platz (vergl. im Texte unter IX).

[18]) Vergl. oben § 137 unter 3.

[19]) Vergl. oben § 137 unter 6.

[20]) Die Reichstagsvorlage (§ 487) enthielt in Uebereinstimmung mit E. I und E. II die Vorschrift, daß das allgemeine Versprechen des Verkäufers, die Gewährleistung für alle Fehler zu übernehmen, im Zweifel nur auf die Hauptmängel zu beziehen sei. Diese Vorschrift wurde vom Reichstage gestrichen (vergl. KB. zu § 487). Welches die Bedeutung eines solchen allgemeinen Versprechens ist, ist in jedem einzelnen Falle durch Auslegung festzustellen. Ergiebt sich, daß nicht blos eine unverbindliche allgemeine Anpreisung, sondern wirklich eine vertragsmäßige Uebernahme der Gewährleistung beabsichtigt war, so wird anzunehmen sein, daß der Verkäufer außer für die Hauptmängel auch für andere erhebliche Mängel haftet. Vergl. Planck Anm. 1 zu § 492, Endemann I § 161 III, 2, Cosack I S. 440 unter 6.

Thieres zugesichert hat, seine Gewährleistungspflicht also nicht auf dem Gesetze, sondern auf besonderer Abrede beruht, finden dennoch die für die gesetzliche Gewährleistung gegebenen Vorschriften Anwendung: der Minderungsanspruch ist ausgeschlossen, der Käufer kann wandeln, auch wenn er das Thier nicht zurückgewähren kann, er kann bei einem Gattungskaufe die Lieferung eines mangelfreien Thieres verlangen, es tritt die Herabsetzung der Verjährungsfrist ein. Ist auch eine Gewährfrist vereinbart, so greift insbesondere auch die Vermuthung des § 484 Platz und tritt der Verlust der Rechte in Gemäßheit des § 485 ein. Auch die sechswöchige Verjährungsfrist beginnt in diesem Falle mit dem Ende der vereinbarten Gewährfrist, während sie, wenn eine Gewährfrist nicht vereinbart ist, mit der Ablieferung des Thieres beginnt (§ 492.)

§ 140. Gewährleistung wegen mangelnder Quantität.

1. Das BGB. enthält keine besonderen Vorschriften darüber, ob und in welcher Weise der Verkäufer Angaben, die er über Maaß, Gewicht oder Zahl verkaufter beweglicher Sachen gemacht hat, zu vertreten hat. Nur für Grundstücke ist eine Vorschrift im § 468 gegeben.

2. Bei beweglichen Sachen sowohl wie bei Grundstücken ist es zunächst Thatfrage, ob Angaben hinsichtlich der Quantität eine Zusicherung enthalten. Eine Vermuthung dafür, daß Angaben über die Quantität in der Absicht, diese zu vertreten, beigefügt worden sind, giebt es nicht. Es muß in jedem einzelnen Falle die Absicht der Parteien durch Auslegung ermittelt werden[1]).

3. Ist bei beweglichen Sachen die Quantität zu vertreten, so ist zu untersuchen, ob die fehlende Quantität sich zugleich als eine fehlende Eigenschaft der Sache darstellt[2]). Ist dies nicht der Fall, so kommen die Vorschriften, welche für die theilweise Nichterfüllung gegeben sind, insbesondere § 326 Abs. 1 Satz 3 zur Anwendung, so daß hiernach der Käufer, wenn die theilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat, auch Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrags verlangen oder von dem ganzen Vertrage zurücktreten kann[3]). — Stellt sich der Quantitätsmangel zugleich als ein Qualitätsmangel dar, so kommen die Vorschriften über die Gewährleistung wegen Mängel der Sache zur Anwendung.

§ 468.

4. Bei dem Verkauf eines Grundstücks dagegen enthält die Zusicherung einer bestimmten Größe immer die Zusicherung einer Eigenschaft (§ 468 Satz 1, vergl. § 537 Abs. 2 S. 2)[4]). Der Käufer hat somit die Wahl, Wandelung oder Minderung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen (§463). Das Recht, Wandelung zu verlangen, ist jedoch davon abhängig, daß der Mangel in der Größe so erheblich ist, daß die Erfüllung des Vertrags für den Käufer kein Interesse hat. Diese Voraussetzung, die der Käufer zu beweisen hat, wird

---

[1]) Vergl. Oertmann Anm. 1 zu § 468. Dernburg II § 185 unter IV, 1.

[2]) Lediglich ein Quantitätsmangel wird insbesondere beim Gattungskaufe (wenn z. B. statt der verkauften 100 Stück oder 100 Kilo einer Waare nur 90 geliefert worden sind) vorliegen, wo „die Quantität als reine Zahl erscheint" (OTr. Bd. 55 S. 24).

[3]) Vergl. oben § 98 S. 384. — Vergl. ferner § 378 HGB. über die Rügepflicht bei mangelnder Quantität.

[4]) Da es sich um eine zugesicherte Eigenschaft handelt, so kommt § 459 Abs. 1 Satz 2 nicht zur Anwendung: auch eine unerhebliche Minderung des Werthes oder der Tauglichkeit kommt in Betracht. Ferner greifen §§ 460, 464 (über die vorbehaltlose Annahme), 477 (die kurze Verjährung) Platz.

z. B. dann vorliegen, wenn er das Grundstück zu einem bestimmten Zwecke (z. B. zur Bebauung) gekauft hat, der sich bei der thatsächlich vorhandenen Größe nicht erreichen läßt.

§ 141. Die Verpflichtungen des Käufers.

§ 433 Abs. 2. Der Käufer ist auf Grund des Kaufvertrags verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten[1]) Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen.

§ 452. 1. Der Kaufpreis ist, wenn nichts Anderes vereinbart ist, sofort Zug um Zug gegen die Erfüllung des Vertrags durch den Verkäufer zu zahlen (§§ 271, 320). Der Käufer hat ferner, selbst wenn er sich nicht im Verzuge befindet, den Kaufpreis von dem Zeitpunkt an, von welchem ihm die Nutzungen gebühren, zu verzinsen (§ 452 [2]). Ist der Kaufpreis, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend, z. B. auf Grund einer Verkehrssitte, gestundet, so tritt diese Verzinsungspflicht nicht ein, vielmehr ist in diesem Falle der Kaufpreis erst von dem Zeitpunkt an zu verzinsen, von welchem nach den allgemeinen Bestimmungen des Gesetzes eine solche Pflicht eintritt, insbesondere also vom Verzug (§ 288) oder von der Rechtshängigkeit (§ 291) an[3]).

2. Kommt der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises in Verzug, so steht dem Verkäufer das dreifache Wahlrecht des § 326 zu. Er hat somit zunächst den Anspruch auf Erfüllung und auf Schadensersatz wegen der verspäteten Erfüllung (§ 286 Abs. 1). Als seinen Schaden kann er in jedem Falle Verzugszinsen fordern, aber auch seinen etwaigen weiteren Schaden geltend machen (§ 288). Der Verkäufer kann ferner, nachdem er in Gemäßheit des § 326 eine Frist bestimmt hat, Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrage zurücktreten. An eine bestimmte Art der Schadensberechnung ist er nicht gebunden. Er kann seinen Schaden sowohl abstrakt, als auch konkret dadurch liquidieren, daß er die Sache anderweit verkauft und den Mindererlös als seinen Schaden geltend macht. Unter Beobachtung besonderer Formen braucht dieser Verkauf nicht vorgenommen zu werden[4]).

§ 454. 3. Eine Ausnahme gilt für den Fall, daß der Verkäufer seinerseits den Vertrag bereits erfüllt und ferner den Kaufpreis gestundet hat. Liegen diese beiden Voraussetzungen vor, so kann der Verkäufer nicht mehr vom Vertrage zurücktreten, also nicht den Gegenstand des Kaufes zurückfordern, sondern nur den Kaufpreis und Schadensersatz wegen des Verzugs verlangen[5]). In der Stundung des Kaufpreises, verbunden mit der Er-

---

[1]) Ueber die Bedeutung des Begriffs „vereinbarten" Kaufpreis vergl. oben § 128 unter III (S. 472).

[2]) Das BGB. stellt jedoch nicht, wie das preußische Recht (ALR. § 100 I 11) den allgemeinen Grundsatz auf, daß keiner der Kontrahenten Sache und Kaufgeld zugleich nutzen darf (a. M. Leske S. 189). Insbesondere gilt die Konsequenz, die das ALR. im § 110 a. a. O. aus diesem Grundsatze dahin zieht, daß der Verkäufer den im Voraus erhaltenen Kaufpreis bis zur Uebergabe verzinsen muß, für das BGB. nicht. Vergl. Cosack I S. 443 unter II 4. Die Zinsen betragen nach § 246 4 pCt., nach § 352 HGB. 5 pCt. Es ist jedoch zu beachten, daß § 352 HGB. — im Gegensatze zu Art. 287 des alten HGB. — ein beiderseitiges Handelsgeschäft voraussetzt. Ein Kaufmann, der an einen Nichtkaufmann Waaren verkauft hat, kann vom Kaufpreise nur 4 pCt. Zinsen verlangen.

[3]) Vergl. M. II S. 330, Planck Anm. 3 zu § 452; Cosack I S. 443 unter II 3.

[4]) Vergl. das Nähere oben § 98 S. 384 unter γ, und oben § 130.

[5]) Streng genommen hat der Verkäufer die Wahl, ob er Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen will, aber beides wird hier auf dasselbe hinauskommen.

füllung des Vertrags, liegt ein Verzicht auf das Rücktrittsrecht[6]). Ist der Kaufpreis nur zum Teil gestundet, was insbesondere bei Grundstückskäufen häufig vorkommt, bei denen ein Theil des Kaufpreises baar gezahlt, ein anderer derart gestundet zu werden pflegt, daß Hypotheken in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen werden und ein Restkaufgeld hypothekarisch eingetragen wird, so kann der Verkäufer, wenn der Käufer mit dem baar zu zahlenden Theile des Kaufpreises in Verzug kommt, auch von dem Rücktrittsrechte nach Maßgabe der §§ 325, 326 Gebrauch machen[7]).

4. Die Abnahmepflicht des Käufers ist unmittelbar durch den Kaufvertrag begründet. Der Verkäufer hat lediglich auf Grund des Vertrags ein selbständiges Klagerecht auf Abnahme der Sache[8]), gleichgültig, ob er ein besonderes Interesse an der Abnahme hat oder nicht[9]). Die Abnahmepflicht des Käufers besteht darin, daß er die Sache thatsächlich aus dem Besitze des Verkäufers in seine eigene Verfügungsgewalt zu übernehmen hat. Er ist also zu einer Handlung verpflichtet und demgemäß erfolgt die Vollstreckung des den Käufer zur Abnahme verurtheilenden Erkenntnisses nach § 887 CPO. Selbstverständlich ist, daß der Käufer zur Abnahme der Sache nur verpflichtet ist, wenn sie ihm in vertragsmäßiger Beschaffenheit angeboten wird[10]).

---

[6]) Vergl. Endemann I § 135 unter 6, Prot. II S. 70, 71. Wohl zu beachten ist der rechtspolitische Gedanke, der in dieser Vorschrift zum Ausdrucke gelangt. Der Käufer, der den Kaufpreis nicht bezahlt und auch keine Stundung erhalten hat, soll auch über die Kaufsache nicht verfügen. Er muß darauf gefaßt sein, daß der Verkäufer wegen Nichtzahlung des Kaufpreises vom Vertrage zurücktritt und daß er ihm dann die Sache zurückgeben und, falls er dies nicht kann, Schadensersatz (§§ 327, 347, 989) leisten muß. Es erinnert dies an die römischrechtliche Vorschrift, daß das Eigenthum und damit das volle Verfügungsrecht auf den Käufer erst übergeht, wenn der Kaufpreis bezahlt oder gestundet ist. Ist dem Käufer der Kaufpreis gestundet, so kann er ruhig über die Sache verfügen, denn der Verkäufer kann sie von ihm, selbst wenn er mit der Zahlung des Kaufpreises in Verzug kommt, nicht mehr zurückfordern. Eine Stundung im Sinne des § 454 liegt allerdings an sich nur vor, wenn der Verkäufer dem Käufer ein Zahlungsziel bewilligt hat (vergl. Cosack I S. 443, Planck Anm. 2b zu § 454). Das BGB. hat keine dem ALR. § 224 I 11 entsprechende Vorschrift, nach welcher der Kaufpreis als gestundet gilt, wenn der Verkäufer ihn trotz der erfolgten Uebergabe thatsächlich eine gewisse Zeit lang nicht geltend macht (vergl. Leske S. 190 Anm. 3). Aber auch für das BGB. wird man annehmen müssen, daß der Verkäufer, der seinerseits erfüllt hat und weiß oder wissen muß, daß der Käufer über die Sache verfügt oder sie verbraucht oder verarbeitet, und trotzdem den Kaufpreis längere Zeit hindurch stundet, auf das Rücktrittsrecht verzichtet hat, denn es würde gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn er jetzt vom Vertrage zurücktreten und die Sache zurückfordern wollte. Die Gründe, die zu der Aufnahme der Vorschrift des § 454 geführt haben (Prot. I S 651, 652, II S. 70, 71), müssen auch in diesem Falle maßgebend sein.

[7]) Vergl. Planck Anm. 2b zu § 454.

[8]) Der § 433 Abs. 2 spricht nur von der Abnahme der gekauften Sache. Ist ein Recht Gegenstand des Kaufes, so liegt dem Käufer eine analoge Verpflichtung ob. So ist z. B. beim Forderungskaufe der Käufer verpflichtet, beim Abschlusse des Abtretungsvertrags (§ 398) mitzuwirken, also die Abtretungserklärung anzunehmen.

[9]) Hiermit ist die für das gemeine Recht und für das Handelsrecht bestehende Kontroverse (vergl. RG. Bd. 5 S. 393, Bd. 14 S. 246, 247, Bd. 30 S. 117 ff.) beseitigt. Der Art. 346 HGB. ist daher in das neue HGB. nicht übernommen. Beim Spezifikationskaufe hat der Verkäufer einen auch im Wege der Klage verfolgbaren Anspruch auf Vornahme der Spezifikation (§ 375 HGB.). — Die selbständige Abnahmepflicht besteht auch bei kaufähnlichen Verträgen (§ 445), es hat daher z. B. beim Verpfändungsvertrage der Schuldner gegen seinen Gläubiger ein selbständiges Klagerecht auf Abnahme der Pfandsache. — Ueber die Frage, wo bei Gattungskäufen die Verpflichtung des Käufers zur Abnahme zu erfüllen ist, vergl. RG. Bd. 49 S. 72 ff.

[10]) Für den zweiseitigen Handelskauf schreibt § 379 HGB. vor, daß der Käufer, der die ihm von einem anderen Orte übersendete Waare beanstandet, für ihre einstweilige Auf-

5. Kommt der Käufer mit der Abnahme der Sache in Verzug, so treten gegen ihn die Folgen des Schuldnerverzugs ein. Da aber für die Verpflichtung des Verkäufers, die Sache zu übergeben, der Käufer zugleich der Gläubiger ist[11]), so kann der Verkäufer, wenn der Käufer gleichzeitig mit der Annahme der ihm angebotenen Sache im Verzug ist (§ 293)[12]), auch diejenigen Rechte geltend machen, welche dem Schuldner beim Annahmeverzuge des Gläubigers gegeben sind: er kann bei Grundstücken den Besitz aufgeben (§ 303), bewegliche Sachen, die hinterlegungsfähig sind, hinterlegen (§ 372), nicht hinterlegungsfähige nach Maßgabe des § 383 öffentlich versteigern lassen[13]).

§ 142. Der Eigenthumsvorbehalt. Der Vorbehalt eines besseren Käufers.

§ 455. I. Für den Fall, daß der Verkäufer einer beweglichen Sache sich das Eigenthum bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehalten hat[1]) (pactum reservati dominii), beschränkt sich das Gesetz darauf, eine Auslegungsregel zu geben. Die Wirkung einer solchen Abrede ist verschieden für das obligatorische Geschäft und für den dinglichen Uebertragungsvertrag. Was den obligatorischen Kaufvertrag anbetrifft, so ist im Zweifel anzunehmen, daß der Verkäufer berechtigt ist, vom Vertrage zurückzutreten, wenn der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises in Verzug kommt. Die Vorschrift des § 454 kommt in diesem Falle nicht zur Anwendung. Trotz der Uebergabe und der Stundung des Kaufpreises hat der Verkäufer auf sein Rücktrittsrecht nicht verzichtet, sich dieses Recht vielmehr vorbehalten. Dies ist die regelmäßige Bedeutung des Eigenthumsvorbehalts für den Kaufvertrag; zu einem bedingten Vertrage wird er durch den Vorbehalt nicht, vielmehr ist der Kaufvertrag selbst unbedingt[2]). — Für die (dingliche) Uebertragung des Eigenthums dagegen (§ 929) hat der Vorbehalt die Wirkung, daß sie unter der aufschiebenden Bedingung erfolgt, daß der Kaufpreis vollständig bezahlt wird. Der Verkäufer bleibt trotz der Uebergabe der Sache Eigenthümer; erst mit der vollständigen Bezahlung des Kaufpreises

---

bewahrung zu sorgen hat. Ist der Kauf kein oder ein einseitiges Handelsgeschäft, so besteht eine solche Pflicht nur, wenn sie nach der besonderen Lage des Falles nach den Grundsätzen von Treu und Glauben geboten erscheint.

[11]) Vergl. Cosack I S. 444 unter 3; Neumann Anm. IV zu § 433; Schollmeyer a. a. O. S. 22.

[12]) Daß mit dem Annahmeverzuge nicht immer der Abnahmeverzug verbunden sein muß, darüber vergl. oben § 89 Anm. 1.

[13]) Vergl. oben § 90 unter 2 und § 111. Noch weitergehende Rechte giebt dem Verkäufer der § 373 HGB. Vergl. hierüber oben § 111 Anm. 2.

[1]) Gleichgültig ist — im Gegensatze zum ALR. (§ 269 I, 11, vergl. jedoch JW. 1895 S. 344 Nr. 60) — ob bestimmte Zahlungstermine festgesetzt sind oder nicht.

[2]) Fordert der Verkäufer wegen des Zahlungsverzugs des Käufers die Sache zurück, so ist anzunehmen, daß er hierdurch von seinem Rücktrittsrechte Gebrauch macht. Er ist daher auch zur Rückzahlung der bereits empfangenen Theile des Kaufpreises nach Maßgabe der §§ 346 ff. verpflichtet. Der in der Entsch. des RG. Bd. 7 S. 147 ff. ausgesprochene Grundsatz, daß dem Verkäufer kraft des Eigenthumsvorbehalts das Recht zustehe, die Sache unter Aufrechterhaltung des Kaufvertrags zurückzufordern (zu vindizieren) und daß der Verkäufer daher von den geleisteten Abschlagszahlungen nichts zurückzuerstatten brauche, dürfte nach dem BGB. nicht mehr aufrecht zu erhalten sein. Soll dem Verkäufer das Recht zustehen, beim Zahlungsverzuge des Käufers die Sache ohne Rücktritt vom Vertrag in seinen Besitz zu nehmen, so muß dies besonders ausgemacht sein.

wird der Käufer Eigenthümer (§ 158 Abs. 1)[3]). Verfügungen, die der Käufer vorher über die Sache trifft, sind Verfügungen über eine fremde Sache[4]).

Bei Grundstücken ist der Eigenthumsvorbehalt nicht üblich, da der Verkäufer sich in der Regel dadurch sichert, daß er sich das gestundete Restkaufgeld hypothekarisch eintragen läßt[5]).

II. Das BGB. enthält keine Bestimmungen über den Fall, daß der Verkäufer sich das Recht vorbehalten hat, das bessere Gebot eines Dritten anzunehmen (die sog. in diem addictio)[6]). Ist ein solches Abkommen zwischen den Parteien getroffen, so ist in jedem einzelnen Falle zu prüfen, welche Bedeutung dieser Vorbehalt haben soll. Die Parteien können entweder einen bedingten Kaufvertrag gewollt oder sie können, was wohl ihren Intentionen in der Regel entsprechen wird, für den Verkäufer das Recht ausgemacht haben, in dem bestimmten Falle vom Vertrage zurückzutreten, so daß die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht gegebenen Vorschriften (§§ 346 ff.) zur Anwendung kommen. Ein Recht des Käufers, in das bessere Gebot einzutreten, ist nur gegeben, wenn es besonders vereinbart ist. Welches Gebot als ein besseres angesehen werden solle, ist gleichfalls Frage der Auslegung, jedoch wird in der Regel davon auszugehen sein, daß das Gebot objektiv ein besseres sein müsse.

§ 143. Kauf nach Probe. Kauf auf Probe. Kauf zur Probe.

I. Der Kauf nach Probe oder nach Muster ist, wenn nichts Anderes vereinbart ist, ein unbedingter Kauf, bei welchem der Verkäufer diejenigen Eigenschaften zusichert, welche die Probe hat. Es kommt also auf die Haftung des Verkäufers für die Probemäßigkeit[1]) insbesondere die Vorschrift des § 463 (vergl. § 480 Abs. 2) zur Anwendung, daß der Käufer statt der Wandelung

§ 494.

---

[3]) Regelmäßig liegt hier auch ein Fall des § 159 vor; die Absicht der Parteien wird dahin gehen, daß unter ihnen der Eintritt der Bedingung, d. h. die vollständige Bezahlung des Kaufpreises rückwirkende Kraft haben, der Käufer also die Früchte der Zwischenzeit behalten soll.

[4]) Es liegt ferner der Fall des § 161 vor. Gelangt der Verkäufer zufällig wieder in den Besitz der Sache, z. B. dadurch, daß der Käufer sie ihm zur Verwahrung giebt, und verfügt der Verkäufer über die Sache, so treten die Wirkungen des § 161 ein. — Es ist ferner zu bemerken, daß § 455 auch für Abzahlungsgeschäfte gilt, für welche im Uebrigen das Ges. vom 16. Mai 1894 maßgebend bleibt.

[5]) Nach § 26 des preußischen Eigenthumserwerbsgesetzes vom 5. Mai 1872 gab bei Grundstücken der Vorbehalt des Eigenthums dem Verkäufer nur das Recht, eine Hypothek für die zu sichernde Forderung eintragen zu lassen. Das BGB. hat keine derartige Vorschrift. Man wird aber, wenn die Auflassung des Grundstücks erfolgt ist, durch Auslegung zu demselben Resultate gelangen. Allerdings kann auch die Absicht der Parteien dahin gehen, daß der Verkäufer das Recht haben soll, beim Zahlungsverzuge des Käufers die Rückübertragung des Eigenthums am Grundstücke zu verlangen. (Vgl. Planck Anm. 5 zu § 455, Oertmann Anm. 2 zu § 455). Daß, wie Cosack I S. 446 sagt, (vergl. auch Endemann I § 158 Anm. 8) bei Grundstücken ein Eigenthumsvorbehalt unzulässig sei, ist in dieser Allgemeinheit nicht zutreffend, richtig ist nur, daß nach § 925 Abs. 2 kein bedingter Eigenthumsübergang möglich ist, aber eine solche Abrede kann obligatorische Wirkungen unter den Parteien haben und durch eine Vormerkung gesichert werden. Vgl. Dernburg II § 171 unter III.

[6]) Die diesen Fall regelnden §§ 474, 475 E. I sind von der zweiten Kommission gestrichen worden, denn „dieses Institut spiele im modernen Verkehr eine so untergeordnete Rolle, daß man es als dem Rechtsleben fremd geworden ansehen könne" (Prot. II S. 78).

[1]) Ueber die Frage, inwieweit geringe Abweichungen gestattet sind, vergl. Staub Exkurs zu § 382 HGB. Anm. 6 und die dort zitierten Entscheidungen.

oder Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann. Daß ein Kauf nach Probe geschlossen, also die Eigenschaften der Probe zugesichert worden, hat der Käufer zu beweisen[2]). Der Beweis der Probemäßigkeit liegt dem Verkäufer ob, es sei denn, daß die Beweislast sich in Gemäßheit des § 363 dadurch umgekehrt hat, daß der Käufer die ihm als Erfüllung angebotene Sache als Erfüllung angenommen hat[3]).

§§ 495, 496. II. 1. Der Kauf auf Probe oder auf Besicht ist ein Vertrag, der unter der aufschiebenden Bedingung geschlossen ist, daß der Käufer den Gegenstand billigen werde; die Billigung oder Mißbilligung des Gegenstandes hängt von seinem freien Belieben ab[4]).

2. Damit der Käufer den Gegenstand prüfen und sich über die Billigung schlüssig machen könne, hat der Verkäufer die Pflicht, ihm die Untersuchung zu gestatten[5]). Der Käufer kann auf Erfüllung dieser Pflicht klagen und sie durch Zwangsvollstreckung (§ 888 CPO.) erzwingen, er kann auch von den in den §§ 283, 326 gegebenen Rechten Gebrauch machen.

3. Die Billigung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Ist eine Frist, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend[6]), vereinbart, so kann die Billigung nur innerhalb dieser Frist erklärt werden; ist keine Frist vereinbart, so kann der Verkäufer dem Käufer eine angemessene Frist zur Erklärung bestimmen. Geht die Erklärung der Billigung dem Verkäufer erst nach Ablauf der vereinbarten oder der bestimmten angemessenen Frist zu, so ist die Billigung nicht erfolgt[7]).

---

[2]) Vgl. Staub a. a. O. Anm. 7 und 8, Oertmann Anm. 4 zu § 494, Dernburg II § 194 unter III und IV.

[3]) Für die Fragen, wer die Identität der vorgelegten Probe zu beweisen hat und welche Rechtsfolgen eintreten, wenn die Probe nicht mehr vorhanden ist, bleibt die bisherige Judikatur von Bedeutung, vergl. insbesondere ROHG. Bd. 6 S. 337 ff., Bd. 9 S. 27, Bd. 23 S. 308, RG. Bd. 11 S. 36, Bd. 29 S. 88.

[4]) Der erste Satz des § 495 Abs. 1 enthält eine Dispositiv-Vorschrift, der zweite Satz („im Zweifel") eine Auslegungsregel. Die Parteien können alles anders ordnen. Sie können eine Resolutiv-Bedingung oder ein Rücktrittsrecht des Käufers, auch ein bedingtes Rücktrittsrecht vereinbaren, ferner kann der Eintritt der Bedingung statt von dem freien Belieben von einem objektiven Maßstabe, z. B. daß die Sache zu einem bestimmten Zwecke geeignet ist, abhängig gemacht werden. — Ueber den Uebergang der Gefahr s. oben § 131 unter 8.

[5]) Welches der Inhalt dieser Verpflichtung ist, ist in jedem einzelnen Falle besonders festzustellen. Ist die Vornahme einer Probe zum Zwecke der Untersuchung erforderlich, so muß der Verkäufer gestatten, daß der Käufer die Sache probiert. Kann die ordnungsmäßige Untersuchung nur in den Räumen (z. B. der Fabrik, der Werkstatt) des Käufers erfolgen, so hat der Verkäufer die Sache dem Käufer zum Zwecke der Probe zu übergeben. Vergl. Endemann I § 162 unter 2.

[6]) Art. 339 des früheren HGB. stellte neben die vereinbarte die ortsgebräuchliche Frist. Besteht eine solche, so wird sie in der Regel als stillschweigend vereinbart anzusehen sein (§ 157 BGB., § 346 HGB.).

[7]) Es hängt nicht von dem Willen des Verkäufers ab, ob er die ihm verspätet zugegangene Erklärung gelten lassen wolle. „Kann" mit einer Negation bedeutet die absolute Unzulässigkeit, welche Nichtigkeit zur Folge hat. Daher ist auch eine analoge Anwendung des § 149 ausgeschlossen, denn eine nichtige Erklärung kann nicht später von selbst wirksam werden. Hat z. B. A. in Hamburg dem B. in Berlin Waare auf Probe verkauft und läuft die Frist zur Erklärung am 1. April ab, so würde, falls B. am 31. März brieflich seine Billigung erklärt, dieser Brief aber erst am 2. April bei A. ankommt, die Bedingung ausgefallen, der Kauf also nicht wirksam geworden sein. Hierauf kann sich auch B. berufen. Mußte A. erkennen, daß die Billigungserklärung rechtzeitig abgeschickt war, so ist er allerdings nach den Grundsätzen von Treu und Glauben verpflichtet, dem B. die verspätete Ankunft mitzutheilen, aber die Unterlassung dieser Mittheilung macht den Kauf nicht wirksam, sondern kann allenfalls eine Schadensersatzpflicht begründen. — Dagegen wird der § 150 analog anzuwenden sein. In der Erklärung des Käufers, er billige die

Eine Ausnahme tritt dann ein, wenn eine Sache Gegenstand des Kaufes ist und diese Sache dem Käufer zum Zwecke der Probe oder der Besichtigung [8]) übergeben worden ist. Dann gilt sein Schweigen bis zum Ablaufe der vereinbarten oder der ihm bestimmten angemessenen Frist als Billigung (§ 496). Die Billigung kann in allen Fällen auch stillschweigend, durch konkludente Handlungen des Käufers, erfolgen. Aber auch eine solche stillschweigende Billigung muß dem Verkäufer rechtzeitig zugehen [9]). Erklärt der Käufer die Billigung, so kann er wegen Mängel der Sache, die ihm zur Zeit der Billigungserklärung bekannt waren, keine Vertretung verlangen [10]), auch wird, falls ihm die Sache übergeben war, die im § 363 vorgeschriebene Umkehrung der Beweislast in der Regel Platz greifen [6]).

III. Der Kauf zur Probe ist weder im BGB. noch im HGB. [12]) behandelt. Er ist ein Kauf, der keine Besonderheiten enthält; die Angabe des Bewegungsgrundes ist rechtlich unerheblich [13]).

§ 144. Der Wiederkauf.

I. Das Wiederkaufsrecht.

1. Das im Anschluß an einen Kaufvertrag vereinbarte Wiederkaufsrecht des Verkäufers [1]) hat nur eine obligatorische Wirkung unter den Parteien; es wirkt gegen einen Dritten selbst dann nicht, wenn er das Recht beim Erwerbe des Gegenstandes gekannt hat [2]). Es kann daher auch nicht bei einer Veräußerung

Sache, liegt zugleich die Erklärung, daß er sie definitiv kaufen wolle, also eine Offerte. Es kommt hierbei nicht darauf an, ob der Käufer wirklich eine Offerte beabsichtigt hat, es genügt vielmehr, daß anzunehmen ist, daß er, falls er gewußt hätte, daß seine Billigungserklärung wegen verspäteter Ankunft nichtig sein würde, eine Offerte gewollt hätte. Es liegt hier ein interessanter Anwendungsfall des § 140 vor.

[8]) Ist die Sache zu einem anderen Zwecke oder auch zu einem anderen Zwecke (z. B. zur Aufbewahrung, zur Leihe, als Pfand u. s. w.) übergeben, so findet die Bestimmung keine Anwendung, denn das Schweigen kann dann auch einen anderen Grund haben. — Vergl. Staub Exkurs zu § 382 Anm. 19.

[9]) Vergl. Planck Anm. 3 § zu § 496.

[10]) Nach Analogie des § 460, vergl. Cosack I S. 449 unter 5, Staub a. a. O. Anm. 22. War die Sache dem Käufer übergeben, so kann auch § 464 zur analogen Anwendung kommen, denn in der Erklärung der Billigung liegt zugleich die Annahme.

[11]) In der Uebergabe zum Zwecke der Probe liegt zugleich eine eventuelle Uebergabe zum Zwecke der Erfüllung, in der Billigungserklärung in der Regel die Annahme als Erfüllung.

[12]) Der Art. 341 des alten HGB. ist gestrichen, weil er nur eine überflüssige Begriffsbestimmung enthalte. (Denkschrift zum E. eines HGB. S. 246).

[13]) Häufig schließt sich an den Kauf zur Probe ein Kauf nach Probe an, wenn nämlich Nachbestellungen gemacht werden. Dann ist der Gegenstand des ersten Kaufes die Probe für den zweiten Kauf.

[1]) Ueber den Fall, daß der Käufer sich das Recht des Wiederverkaufs vorbehalten hat, enthält das BGB. keine Bestimmungen. Es werden in Ermangelung besonderer Abmachungen die Vorschriften der §§ 497 ff. zur analogen Anwendung gebracht werden können. Vergl. M. II S. 342, Oertmann S. 217 Nr. 4. — Zur Verhütung wucherlicher Geschäfte dient die allgemeine Bestimmung des § 138. Ist der Kauf mit Rückkauf nicht ernst gemeint, sondern nur zur Verdeckung eines Darlehens mit Verpfändung geschlossen, so kommt § 117 zur Anwendung. Vergl. insbesondere die Vorschrift des § 34 Abs. 2 Gew.O., nach welcher der gewerbsmäßige Ankauf beweglicher Sachen mit Gewährung des Rückkaufsrechts als Pfandleihgewerbe gilt; wie derartige Geschäfte in das eigentlich gewollte Darlehensgeschäft umzuwandeln sind, schreibt § 38 ebenda vor.

[2]) Unter Umständen kann allerdings ein Schadensanspruch auf Grund des § 826 begründet sein. Vergl. Dernburg II § 198 unter II.

des Gegenstandes im Wege der Zwangsvollstreckung geltend gemacht werden. Als dingliches Recht kann das Wiederkaufsrecht nach dem BGB. auch bei Grundstücken nicht begründet werden, jedoch ist nach Maßgabe des § 883 die Eintragung einer Vormerkung zulässig, zwar nicht zur Sicherung des Wiederkaufsrechts, wohl aber zur Sicherung des Anspruchs auf Rückübertragung des Eigenthums am Grundstücke für den Fall, daß der Berechtigte von dem Wiederkaufsrechte Gebrauch macht[3]).

2. Das Wiederkaufsrecht ist, im Gegensatze zum Vorkaufsrecht, als reines Vermögensrecht übertragbar und vererblich; es unterliegt daher auch der Pfändung und gehört zur Konkursmasse des Berechtigten. Durch Vereinbarung der Parteien kann das Recht zu einem unvererblichen und unübertragbaren gemacht werden.

§ 502. 3. Steht das Wiederkaufsrecht Mehreren gemeinschaftlich zu, so kann es, da eine Theilung des Rechtes nicht denkbar ist, nur im Ganzen ausgeübt werden. und zwar entweder von allen Berechtigten zusammen oder, wenn einer von ihnen das Recht nicht ausüben kann oder will, von den übrigen Berechtigten (§ 502)[4]).

§ 503. 4. Im Gegensatze zum Vorkaufsrecht ist das Wiederkaufsrecht befristet und zwar derart, daß es, wenn keine Frist vereinbart ist, bei Grundstücken nur binnen 30 Jahren, bei anderen Gegenständen nur binnen 3 Jahren von der Vereinbarung des Rechtes an ausgeübt werden kann (§ 503)[5]). Einer Verjährung unterliegt das Recht, da es kein Anspruch ist, nicht. Ist das Wiederkaufsrecht ausgeübt, so gelten für die Verjährung der daraus *entstandenen* Ansprüche die allgemeinen Grundsätze.

§ 497 Abs. 1. 5. Die *Ausübung des Wiederkaufsrechts* erfolgt durch eine einseitige dem Käufer gegenüber abzugebende Willenserklärung, die an keine Form gebunden ist[6]).

§ 497 Abs. 2. II. *Die gegenseitigen Rechte und Pflichten.*

1. Die Pflichten der Parteien sind nach den allgemeinen für den Kauf geltenden Vorschriften zu bestimmen. Es hat also insbesondere der Wiederverkäufer den gekauften Gegenstand zu übergeben, der Wiederkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen, der im Zweifel dem Preise gleich ist, zu welchem der Gegenstand verkauft worden ist (§ 497 Abs. 2). Für die gegenseitigen Pflichten der Parteien ist zu beachten, daß zwar einerseits der Wiederkauf erst *mit der Ausübung* des Wiederkaufsrechts zu Stande kommt (§ 497 Abs. 1), also keine rückwirkende Kraft hat, der Kauf somit nicht, wie es beim Rücktritte (§ 346 ff.) der Fall ist, auch für die Vergangenheit seine Wirkung verliert, daß aber andererseits der Käufer *von der Vereinbarung des Vorbehalts* an mit der Möglichkeit rechnen muß, daß der Verkäufer von seinem Rechte Gebrauch machen wird, daß er daher mit dem Gegenstande so umgehen muß, daß er ihn in wesentlich unverändertem Zustande zurückgewähren kann.

§§ 498—501. 2. Der Wiederverkäufer muß daher den Gegenstand an sich so, wie er zur

---

[3]) Vergl. Dernburg II § 198 unter VIII, Oberneck § 101. Ueber das dingliche Wiederkaufsrecht bei Rentengütern s. Art. 29 AG. zum BGB.

[4]) Vergl. die entgegengesetzte Bestimmung beim Rücktrittsrecht (§ 356) und bei der Wandelung (§ 467).

[5]) Eine Vereinbarung, wie sie ALR. § 317 I 11 erwähnt, „daß die Ausübung des Rechtes zu allen Zeiten stattfinden solle", dürfte nach BGB. unzulässig sein. Dies wäre nicht die Bestimmung einer Frist im Sinne des § 503 S. 2, sondern die Beseitigung der ganzen Vorschrift des § 503. Vergl. Planck Anm. zu § 503.

[6]) Vergl. unten § 145 unter 7 und über die juristische Konstruktion § 145 Anm. 21, ferner Oertmann S. 217 Anm. 2, Planck Vorbem. 3 zu den §§ 497—502.

Zeit der Ausübung des Rechtes beschaffen ist, und mit dem zu dieser Zeit vorhandenen Zubehöre herausgeben (§ 498 Abs. 1)[7]. Hat er den Gegenstand in der Zwischenzeit verbessert oder hat er neues Zubehör angeschafft, so kann er für solche Verwendungen insoweit Ersatz verlangen, als dadurch der Werth des Gegenstandes gegenüber dem Werthe zur Zeit des Vorbehalts des Rechtes erhöht worden ist. Eine Einrichtung, mit der er die Sache versehen hat, kann er auch wegnehmen (§ 500). Die in der Zwischenzeit gezogenen Nutzungen dagegen braucht er nicht herauszugeben, ebenso wie der Wiederkäufer keine Zinsen vom Kaufpreise für die Zwischenzeit zu entrichten hat.

3. Andererseits muß aber der Wiederverkäufer dem Wiederkäufer dafür aufkommen, daß der Gegenstand sich zur Zeit der Ausübung[8]) des Rechtes in wesentlich unverändertem Zustande befindet. Geht der Gegenstand vor Ausübung des Rechtes zufällig unter, so fällt das Wiederkaufsrecht weg. Trifft aber den Wiederverkäufer die Schuld daran, daß die Sache verschlechtert worden oder untergegangen ist oder aus einem anderen Grunde nicht herausgegeben werden kann, so muß er dem Wiederverkäufer Schadensersatz leisten. Diese Schadensersatzpflicht tritt auch ein, wenn er die Sache wesentlich verändert hat[9]), fällt aber bei einer unwesentlichen Veränderung fort. Ja, im letzteren Falle und ebenso bei einer ohne Verschulden des Wiederverkäufers eingetretenen Verschlechterung kann der Wiederkäufer auch nichts vom Kaufpreis abziehen; entschließt er sich, trotz solcher Veränderungen sein Recht auszuüben, so muß er den Kaufpreis voll entrichten (§ 498). Hat der Wiederverkäufer in der Zwischenzeit Rechte Dritter an dem Gegenstande begründet[10]), so muß er sie beseitigen (§ 499 S. 1); falls er dazu nicht im Stande ist, stehen dem Wiederkäufer die Rechte zu, die bei einem gegenseitigen Vertrage der einen Partei gegeben sind, wenn die andere ihre Verpflichtungen nicht erfüllt (insbes. §§ 325, 326)[11]).

4. Es liegt in der Natur der Sache, daß eine Ausnahme von diesen Grundsätzen dann eintreten muß, wenn als Wiederkaufpreis der Werth vereinbart ist, den der Gegenstand zur Zeit des Wiederkaufs hat. In diesem Falle ist einerseits der Wiederverkäufer nicht dafür verantwortlich, daß die Sache verschlechtert worden oder untergegangen ist oder aus einem anderen Grunde nicht herausgegeben werden kann, und ist andererseits der Wiederkäufer zum Ersatze von Verwendungen nicht verpflichtet (§ 501). Dagegen ist der Wiederverkäufer auch hier zur Beseitigung von Rechten Dritter, die in der Zwischenzeit an dem Gegenstande begründet worden sind, verpflichtet[12]).

---

[7]) Außerdem muß er auch das Zubehör, welches zur Zeit der Vereinbarung des Vorbehalts vorhanden war, herausgeben. Auf diese Verpflichtung kommt § 499 zur Anwendung.

[8]) Für Veränderungen, welche erst nach Ausübung des Wiederkaufsrechts entstehen, gelten die allgemeinen Grundsätze.

[9]) Ein besonderes Verschulden braucht in diesem Falle nicht vorzuliegen, die von ihm vorgenomme Veränderung enthält eine Verletzung seiner Vertragspflichten und macht ihn schadensersatzpflichtig.

[10]) Seiner eigenen Verfügung steht auch hier eine im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgte gleich (§ 499 S. 2).

[11]) Vergl. Planck Anm. zu § 499. Oertmann Anm. 2 zu § 499.

[12]) Vergl. Prot. II S. 92, Planck Anm. zu § 501, Fischer-Henle Anm. 2 zu § 501, Endemann I § 162 Anm. 11. Die Protokolle ergeben klar, daß die Haftung aus § 499 auch im Falle des § 501 gewollt war, und das ist im Gesetz auch zum deutlichen Ausdrucke gelangt. Der Sinn des Gesetzes ist, daß im Falle des § 501 der Wiederverkäufer zwar nicht für eine objektive Unmöglichkeit, wohl aber für die subjektive, d. h. wenn er den Gegenstand veräußert oder belastet hat, hafte. Die Folge dieser Regelung ist die, daß

§ 145. Der Vorkauf.

§ 504. I. Begriff: Das Vorkaufsrecht ist das Recht, für den Fall, daß ein bestimmter Gegenstand verkauft wird, diesen Gegenstand an Stelle des Käufers zu kaufen und zwar durch die bloße Erklärung der Ausübung des Rechtes.

Es ergiebt sich hieraus:

1. daß das persönliche Vorkaufsrecht in Ansehung eines jeden Gegenstandes, der verkauft werden kann, begründet werden kann, während das dingliche Vorkaufsrecht (§§ 1094 ff.) nur an einem Grundstücke bestehen kann. Das persönliche Vorkaufsrecht wirkt nur gegen den Verpflichteten. Gegen den dritten Erwerber hat der Berechtigte selbst dann keinen Anspruch, wenn der Dritte das Vorkaufsrecht gekannt hat[1]);

2. daß die Ausübung des Vorkaufsrechts den bindenden Abschluß eines Kaufvertrags seitens des Verpflichteten mit dem Dritten voraussetzt (§ 504). Daß ein Dritter sich unter bestimmten Bedingungen zum Abschluß eines Kaufes bereit erklärt hat, genügt nicht[2]). — Der Umstand, daß der Berechtigte sein Vorkaufsrecht ausübt, hat auf den zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten geschlossenen Kauf nur dann einen Einfluß, wenn dieser Kauf unter der Bedingung geschlossen ist, daß der Berechtigte das Recht nicht ausübt. Ist der Vertrag mit dem Dritten unbedingt geschlossen, so ist der Verpflichtete zur Erfüllung und eventuell zum Schadensersatze verpflichtet.

II. Die Entstehung des Vorkaufsrechts.

Das Vorkaufsrecht entsteht:

1. Durch Vertrag. Dieser Vertrag bedarf, wenn sein Gegenstand ein Grundstück ist, nach § 313 der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung[3]). Der Vertrag, durch den ein persönliches Vorkaufsrecht in Ansehung eines

---

bei der Abschätzung des Gegenstandes auf diese Haftung des Wiederverkäufers Rücksicht genommen werden muß, denn insoweit der Wiederverkäufer eine Last beseitigen oder dafür Schadensersatz leisten muß, kann nicht außerdem noch wegen dieser Last der durch Schätzung festzustellende Kaufpreis verringert werden. — Dagegen nimmt Planck a. a. O. an, daß die im § 498 Abs. 2 ausgesprochene Verpflichtung des Wiederverkäufers, für eine wesentliche Veränderung des Gegenstandes aufzukommen, und das ihm im § 500 Satz 2 gegebene Recht, eine Einrichtung wegzunehmen, auch im Falle des § 501 bestehen bleiben: (rücksichtlich des ersten Punktes ebenso Cosack I S. 453 unter 6e, rücksichtlich des letzten Punktes ebenso Oertmann Anm. 2 zu § 501.) Diese Auslegung, die sich zu eng an die Wortfassung des § 501 anschließt, dürfte nicht zu billigen sein. Wenn der Wiederverkäufer nicht haftet, wenn er schuldhafter Weise den Untergang der Sache herbeigeführt hat, so kann er nicht haften, wenn er die Sache verändert hat. Auf eine solche Veränderung, ebenso wie auf eine Einrichtung, mit der er die Sache versehen hat, wird bei der Abschätzung Rücksicht genommen. Derselben Ansicht ist wohl Endemann, wenn er sagt (I § 162 unter III, 2), die Sache sei zu leisten und zu nehmen, wie sie steht und geht.

[1]) Die entgegengesetzte Vorschrift des ALR. § 630 I 20 beruhte auf dem dem BGB. unbekannten Rechte zur Sache.

[2]) Vergl. die über diese Frage in der zweiten Kommission geführten Verhandlungen (Prot. II S. 95 ff.).

[3]) Vergl. Prot. II. S. 99, Planck Vorbem. 2 vor § 504, Neumann Vorbem. I b zu §§ 504—514, Dernburg II § 196 unter I, 2 und oben § 94 Anm. 4. A. M. Oberneck § 100 Anm. 3. — Nach § 313 Satz 2 wird der Mangel der Form nur durch Auflassung und Eintragung geheilt. Die wörtliche Auslegung dieser Vorschrift würde zu der Annahme führen, daß, falls das Vorkaufsrecht an einem Grundstücke nicht in der Form des § 313 S. 1 vereinbart ist, der Mangel dieser Form durch die ordnungsmäßige Begründung des dinglichen Vorkaufsrechts (durch Einigung und Eintragung) nicht geheilt würde, der Verpflichtete vielmehr wegen der fortbestehenden Nichtigkeit des Kausalgeschäfts die Beseitigung der Eintragung des Vorkaufsrechts mit der Klage aus der ungerechtfertigten Bereicherung

Grundstücks begründet wird, giebt regelmäßig auch einen Anspruch auf Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts [4]);

2. durch Verfügung von Todeswegen als Vermächtniß. Das so begründete Vorkaufsrecht ist gleichfalls nur ein persönliches. Das hinsichtlich eines Grundstücks vermachte Vorkaufsrecht wird dinglich nur durch Einigung und Eintragung;

3. durch Gesetz. Das BGB. kennt ein gesetzliches Vorkaufsrecht nur unter Miterben für den Fall, daß ein Miterbe seinen Antheil an dem Nachlaß an einen Dritten (nicht einen Miterben) verkauft (§ 2034). Dieses Vorkaufsrecht hat dingliche Wirkung (§ 2035) [5]).

III. Die Ausübung des Vorkaufsrechts.

1. Die Ausübung des Vorkaufsrechts kann erfolgen, sobald zwischen dem Verpflichteten und einem Dritten ein Kaufvertrag über den Gegenstand oder einen ideellen oder reellen Theil [6]) des Gegenstandes abgeschlossen ist. Ist der über den Gegenstand geschlossene Vertrag kein Kaufvertrag, so kann das Vorkaufsrecht nicht ausgeübt werden, es erlischt vielmehr, ohne daß dem Berechtigten ein Anspruch zusteht. Dies ist insbesondere der Fall, wenn eine Schenkung oder ein Tausch hinsichtlich des Gegenstandes geschlossen oder dieser an Erfüllungsstatt gegeben wird [7]).

2. Auch beim Vorliegen eines Kaufes ist die Ausübung des Vorkaufsrechts in folgenden Fällen ausgeschlossen:

a) wenn sich der Käufer zu einer Nebenleistung verpflichtet hat, die der Vorkaufsberechtigte zu bewirken außer Stande ist und die sich auch nicht in Geld schätzen läßt [8]). Ist jedoch die Nebenleistung so unbedeutend, daß anzunehmen § 507 S. 2.

---

verlangen könnte. Man wird den § 313 S. 2 aber so auslegen müssen, daß die wirksame Vornahme des dinglichen Erfüllungsgeschäfts die Mängel der Form heilt, ist doch die Auflassung nichts Anderes als ein anderer Ausdruck für Einigung für einen bestimmten Fall (§ 925). Ebenso Fuchs Anm. 3 zu § 1094.

[4]) Daß, wie Fuchs S. 342 Anm. 2 meint, dies immer der Fall sein müsse, läßt sich kaum behaupten. Eine Vereinbarung, daß der Berechtigte nur ein persönliches Vorkaufsrecht im Sinne der §§ 504 ff., nicht auch ein dingliches im Sinne der §§ 1094 ff. erwerben solle, würde freilich in der Regel bedeutungslos sein. Denn auf Grund des persönlichen Vorkaufsrechts steht dem Berechtigten der bedingte Anspruch auf Uebertragung des Eigenthums am Grundstücke zu; diesen Anspruch kann er nach § 883 durch eine Vormerkung sichern lassen und das dingliche Vorkaufsrecht hat gleichfalls nur die Wirkung einer Vormerkung (§ 1098 Abs. 2). Aber man wird eine Vereinbarung, daß der Berechtigte auch nicht befugt sein soll, sich eine Vormerkung eintragen zu lassen, nicht für unwirksam erklären können. In einem solchen Falle würde der Berechtigte sein persönliches Recht nicht dinglich sichern können und gegebenen Falls nur auf Schadensersatzansprüche angewiesen sein.

[5]) Das im § 141 des preuß. Berggesetzes vom 24. Juni 1865 und das im § 57 des preuß. Enteignungsgesetzes vom 11. Juni 1874 bestimmte Vorkaufsrecht sind aufrecht erhalten, E.G. Art. 67, 109. – Das nicht mehr bestehende gesetzliche Vorkaufsrecht unter Miteigenthümern eines Grundstücks kann ersetzt werden durch Begründung eines gegenseitigen Vorkaufsrechts an den Antheilen der Miteigenthümer (§ 1095).

[6]) Vergl. M. II S. 346, Leske S. 213 Anm. 2, Planck Anm. c zu § 504. Für das preuß. Recht hat das O. Tr. (Entsch. Bd. 55 S. 58) die Zulässigkeit der Ausübung des Vorkaufsrechts beim Verkauf eines ideellen Theiles verneint. Dagegen Dernburg PP. I § 381, Eccius III § 189 Anm. 31. Vergl. Dernburg II § 196 Anm. 13.

[7]) Jedoch wird in jedem einzelnen Falle besonders zu untersuchen sein, ob nicht in Wirklichkeit ein Kauf mit Kompensation des Kaufpreises gegen die Schuld des Verkäufers vorliegt. Ist der Kauf nichtig oder anfechtbar und angefochten, so ist auch die Ausübung des Vorkaufsrechts unstatthaft, auch das bereits ausgeübte Vorkaufsrecht verliert seine Wirkung. Das Vorkaufsrecht selbst bleibt aber bestehen.

[8]) Die Verpflichtung des Käufers, den Verkäufer zu verpflegen, ist dann als eine solche Nebenleistung anzusehen, wenn die Pflicht zur Verpflegung nicht nur in der Gewährung von Alimenten, sondern in persönlichen Dienstleistungen besteht.

ist, der Kauf wäre auch ohne sie geschlossen worden, so kann das Vorkaufsrecht ausgeübt werden, ohne daß der Berechtigte für diese wegfallende Leistung irgend einen Ersatz zu leisten braucht;

§ 511. b) wenn der Verpflichtete den Gegenstand an einen gesetzlichen Erben verkauft und zwar mit Rücksicht auf dessen künftiges Erbrecht. Es liegt in diesem Falle kein eigentlicher Kauf, sondern eine antizipierte Erbfolge vor, deswegen erstreckt sich das Vorkaufsrecht im Zweifel auf diesen Fall nicht. Der Fall ist gegeben, wenn der Käufer, falls der Verkäufer zur Zeit des Kaufabschlusses stürbe, kraft Gesetzes dessen Erbe, wenn auch nicht der Alleinerbe[9]), wäre und wenn aus dem Kaufvertrag ersichtlich ist, daß der Kauf mit Rücksicht auf das Erbrecht des Käufers, d. h. mit Rücksicht darauf, daß der Gegenstand ihm später kraft des Erbrechts zufallen würde, abgeschlossen ist, daß also wirklich eine antizipierte Erbfolge vorliegt[10]);

§ 512. c) wenn der Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung[11]) oder durch den Konkursverwalter erfolgt (§ 512)[12]), wobei es gleichgültig ist, ob der Verkauf durch Versteigerung oder freihändig geschieht.

In allen diesen Fällen erlischt das Vorkaufsrecht, ohne daß dem Berechtigten ein Entschädigungsanspruch gegen den Verpflichteten zusteht[13]).

§ 514. 3. Das Vorkaufsrecht kann in der Regel nur von dem Berechtigten selbst ausgeübt werden, es ist weder übertragbar noch vererblich, jedoch kann das Gegentheil vereinbart werden[14]). Ist das Vorkaufsrecht für eine bestimmte Zeit gewährt[15]), so geht es in der Regel innerhalb dieser Zeit auf die Erben über (§ 514).

§ 513. 4. Sind Mehrere gemeinschaftlich[16]) zur Ausübung des Vorkaufsrechts berechtigt, so kann, da eine Theilung des Rechtes nicht denkbar ist, das Recht nur im Ganzen ausgeübt werden, und zwar entweder von allen Berechtigten

---

[9]) Vergl. OTr. Bd. 19 S. 226, Bd. 65 S. 168.

[10]) Es werden in einem solchen Falle gewöhnlich dem Käufer gewisse Nebenleistungen, theils zu Gunsten des Verkäufers, theils zu Gunsten Dritter, auferlegt.

[11]) Verkäufe im Wege der Zwangsvollstreckung sind nicht die Zwangsversteigerung eines Grundstücks auf Antrag des Erben (§ 175 ZVG.), die Zwangsversteigerung zum Zwecke der Aufhebung einer Gemeinschaft (§ 180 ZVG., § 753) und die Zwangsversteigerung auf Grund der Art. 28 ff. des preuß. AG. zum ZVG.

[12]) Für das dingliche Vorkaufsrecht vergl. § 1098 Abs. 1.

[13]) Das dingliche Vorkaufsrecht an einem Grundstück erlischt bei der Zwangsversteigerung des Grundstücks, wenn es, der Regel des § 1097 erster Halbsatz entsprechend, für einen Fall bestellt ist. Ist es für mehrere oder für alle Verkaufsfälle bestellt, so entscheidet sich die Frage, ob es erlischt oder bestehen bleibt, nach den §§ 91, 92 ZVG. Erlischt das Vorkaufsrecht, so kommt § 92 Abs. 1 ZVG. zur Anwendung.

[14]) Das gesetzliche Vorkaufsrecht der Miterben ist vererblich (§ 2034 Abs. 2). — Daß die durch die erfolgte Ausübung des Vorkaufsrechts begründeten Rechte vererblich sind, ist selbstverständlich, ebenso daß die Pflichten des Vorkaufsverpflichteten auf dessen Erben übergehen.

[15]) Ist das Vorkaufsrecht auf eine bestimmte Zeit beschränkt, so erlischt es, wenn innerhalb dieser Zeit kein Kauf abgeschlossen worden ist. Ist innerhalb der Frist ein Kauf abgeschlossen, so kann der Berechtigte das Vorkaufsrecht auch noch nach Ablauf der Frist ausüben, wenn es nicht aus anderen Gründen (z. B. nach § 510 Abs. 2) erlischt. M. II S. 352. A. M. Oertmann Anm. 4 zu § 510.

[16]) Z. B. mehrere Erben des Berechtigten in dem Falle, daß das Recht vererblich ist. Hat der Verpflichtete das Vorkaufsrecht mehreren Personen selbständig eingeräumt, so kann Jeder das Recht ganz ausüben und der Verpflichtete ist Jedem zur Erfüllung oder zum Schadensersatze verpflichtet; es liegt ebenso, wie wenn Jemand denselben Gegenstand mehrfach verkauft.

zusammen oder, wenn einer von ihnen das Recht nicht ausüben kann oder will, von den übrigen Berechtigten (§ 513).

§ 510 Abs. 1.

5. Damit der Berechtigte über die Ausübung des Vorkaufsrechts sich erklären könne, hat der Verpflichtete ihm unverzüglich den Inhalt des abgeschlossenen Vertrags mitzutheilen[17], widrigenfalls er für den entstehenden Schaden verantwortlich ist; jedoch steht der Mittheilung des Verpflichteten die des Käufers gleich (§ 510 Abs. 1).

§ 510 Abs. 2.

6. Die Ausübung des Vorkaufsrechts ist von der Mittheilung nicht abhängig, kann vielmehr sofort nach Abschluß des Kaufes erfolgen, wenn auch der Käufer nur zufällig davon Kenntniß erlangt hat (§ 504). Ist jedoch die Mittheilung durch den Verpflichteten oder den Käufer[18] erfolgt, so muß sich nun der Berechtigte innerhalb der festgesetzten Frist oder in Ermangelung einer solchen bei Grundstücken binnen zwei Monaten, bei anderen Gegenständen binnen einer Woche erklären, widrigenfalls sein Recht erloschen ist (§ 510 Abs. 2, s. ferner § 2034 Abs. 2)[19].

§ 505.

7. Die Ausübung des Vorkaufsrechts erfolgt durch die einseitige, dem Verpflichteten gegenüber abgegebene Erklärung des Berechtigten, daß er sein Vorkaufsrecht ausübe (§ 505 Abs. 1). Das Vorkaufsrecht ist somit kein Anspruch und daher der Verjährung nicht unterworfen[20]. Das Vorkaufsrecht ist mit dem Augenblick ausgeübt, in welchem die Erklärung wirksam wird, und in diesem Augenblicke kommt der Kauf zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten zu Stande[21]. Die Erklärung ist selbst dann an eine Form nicht gebunden, wenn für den Kaufvertrag eine Form vorgeschrieben ist.

---

[17] Die Mittheilung einer Abschrift des Vertrags ist nicht erforderlich, auch ist die Mittheilung an keine Form gebunden.

[18] Auch die Mittheilung durch den Käufer setzt die Frist in Lauf. Dadurch ist dem Käufer die Möglichkeit gegeben, eine Entscheidung über die Ausübung des Vorkaufsrechts herbeizuführen. Für den Beginn der Frist kommen insbesondere die §§ 130—132 in Betracht.

[19] Unzutreffend ist die Bemerkung von Leske S. 215, daß, wenn der Vorkaufsberechtigte sich innerhalb der Frist nicht erklärt, er für diesen Fall des Verkaufs ausgeschlossen wird. Sein Recht ist vielmehr definitiv erloschen. Auch wenn der Kauf aus irgend einem Grunde rückgängig wird (z. B. nach § 326 oder nach § 467), lebt sein Recht nicht wieder auf.

[20] Vergl. (im Gegensatze zu M. II S. 346, 352) Prot. II S. 112, Planck Anm. 2a zu § 510, Oertmann Anm. 2 zu 510. Da auch — im Gegensatze zum Wiederkaufsrechte (§ 503) — keine Präklusivfrist für die Ausübung des Vorkaufsrechts vorgeschrieben ist, so ist es, wenn die Mittheilung des § 510 nicht erfolgt, zeitlich unbeschränkt. Die zeitliche Begrenzung ist durch die regelmäßige Unvererblichkeit des Rechtes gegeben. Vergl. Prot. II S. 112.

[21] Daß mit der einseitigen Erklärung ein selbständiger Kaufvertrag zwischen dem Verpflichteten und dem Berechtigten zu Stande kommt, ergiebt der Abs. 2 des § 505. Die praktisch kaum erhebliche Frage, wie dieses Zustandekommen des Vertrags zu konstruieren sei, ist bestritten. Vergl. die verschiedenen Ansichten bei Oertmann S. 223 Nr. 3. Als die natürlichste Auffassung erscheint die, daß eine durch Willenserklärung oder Testament begründete Verpflichtung zur Eingehung eines Vertrags vorliegt (vergl. über solche Fälle Dernburg PP. II § 43) und daß kraft positiver Vorschrift dieser Vertrag nicht noch eines besonderen zweiseitigen Abschlusses bedarf, sondern mit der einseitigen Erklärung des Berechtigten zu Stande kommt. Die Erklärung des Verpflichteten wird durch seine bereits begründete Verpflichtung, den Vertrag abzuschließen, ersetzt; seine Willenserklärung gilt als abgegeben (vergl. Eccius I § 77, Dernburg II § 196 unter V). Die Vorschrift der Formfreiheit ist positiven Charakters, sie beruht, wie die Entstehungsgeschichte ergiebt, im Wesentlichen auf Zweckmäßigkeitsgründen (Prot. II S. 97—100, Planck Anm. 1 zu § 505). Aehnlich Endemann I § 162 unter IV, 3, nur ist seine ebenda in Anm. 14 ausgesprochene Ansicht, daß sich in der Mittheilung ein bindender Antrag formal gestaltet, unzutreffend, da der Berechtigte das Vorkaufsrecht auch ohne jede Mittheilung seitens des Verpflichteten ausüben kann.

§ 505 Abs. 2. IV. Die gegenseitigen Rechte und Pflichten.

1. Nach Ausübung des Vorkaufsrechts stehen sich der Vorkaufsverpflichtete und der Berechtigte als Verkäufer und Käufer gegenüber. Für ihre gegenseitigen Rechte und Pflichten ist an erster Stelle das, was bei Einräumung des Vorkaufsrechts oder später in wirksamer Weise bestimmt worden ist [1]), und in Ermangelung solcher Bestimmungen das, was der Verpflichtete mit dem Dritten vereinbart hat, maßgebend (§ 505 Abs. 2). Diese Vereinbarungen können durch den Verpflichteten und den Dritten nicht mehr zum Nachtheile des Vorkaufsberechtigten geändert werden. Mit dem Augenblick, in dem der Kauf abgeschlossen ist, hat der Vorkaufsberechtigte das Recht erworben, in diesen Kauf einzutreten. Dieses Recht kann ihm nicht mehr genommen oder beschränkt werden.

2. Der Vorkaufsberechtigte ist somit insbesondere verpflichtet, alle Verbindlichkeiten zu erfüllen, die der Dritte in dem Kaufvertrag übernommen hat.

Von dem Grundsatze, daß die zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten vereinbarten Bestimmungen auch für den Berechtigten maßgebend sind, gelten jedoch folgende Ausnahmen (§§ 506—509):

§§ 506—509. a) An sich tritt der Berechtigte auch in einen bedingten oder unter dem Vorbehalte des Rücktritts geschlossenen Kauf ein. Es darf jedoch das Recht des Vorkaufsberechtigten nicht dadurch illusorisch gemacht werden, daß der Vertrag zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten davon abhängig gemacht wird, daß der Berechtigte das Vorkaufsrecht nicht ausübt oder daß der Verpflichtete sich für den Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts den Rücktritt vom Vertrage vorbehält. Solche Vereinbarungen sind dem Berechtigten gegenüber unwirksam, er kann das Vorkaufsrecht mit voller Wirkung ausüben (§ 506) [2]).

b) Nebenleistungen, zu denen der Dritte sich verpflichtet hat, muß auch der Vorkaufsberechtigte erfüllen. Ist er dazu außer Stande, d. h. liegt für ihn eine subjektive Unmöglichkeit vor, so braucht er nicht Schadensersatz zu leisten, sondern hat nur den Werth der Nebenleistung zu entrichten [3]).

c) Ist der Gegenstand, auf den das Vorkaufsrecht sich bezieht, mit anderen Gegenständen zusammen zu einem Gesammtpreise verkauft worden, so ist der Berechtigte weder berechtigt noch verpflichtet, in den Vertrag rücksichtlich aller Gegenstände einzutreten, er kann vielmehr das Vorkaufsrecht hinsichtlich des Gegenstandes, auf den es sich bezieht, ausüben und hat denjenigen Theil des Gesammtpreises zu entrichten, welcher sich aus dem Verhältnisse des Werthes des dem Vorkaufsrecht unterliegenden Gegenstandes zum Werthe sämmtlicher Gegenstände ergiebt. Eine Ausnahme tritt nur dann ein, wenn der Verpflichtete beweisen kann, daß die Trennung der Gegenstände ihm nachtheilig ist, daß er also die übrigen Gegenstände nicht oder nicht so vortheilhaft verwerthen kann. Dann kann er verlangen, daß der Vorkaufsberechtigte alle Gegenstände für den Gesammtpreis übernimmt (§ 508).

d) Das Recht, eine dem Dritten gewährte Stundung des Kaufpreises auch für sich schlechthin in Anspruch zu nehmen, ist dem Vorkaufsberechtigten versagt:

[1]) Dies ist im Gesetze zwar nicht besonders ausgesprochen, folgt aber daraus, daß die Vorschrift des § 505 Abs. 2 nur dispositiv ist. Vergl. M. II S. 347.

[2]) Unter den Parteien ist die Vereinbarung natürlich gültig. Es ist bereits oben (unter I 2) bemerkt, daß der Verpflichtete den Vertrag mit dem Dritten regelmäßig so schließen wird, daß er an ihn nicht gebunden ist, wenn der Vorkaufsberechtigte sein Recht ausübt. Man darf aber nicht deduzieren, daß, wenn diese Voraussetzung eintritt, nun ein Kauf nicht mehr vorliegt, also der Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts nicht gegeben ist. Dieser Deduktion tritt § 506 entgegen.

[3]) Vergl. M. II S. 349. — Ueber § 507 Satz 2 s. oben unter III, 2 a.

er muß in einem solchen Falle entweder Sicherheit leisten oder den Kaufpreis sofort zahlen (§ 509 Abs. 1). Diese Bestimmung gilt jedoch nicht, wenn bei einem Grundstückskaufe die Stundung so gewährt ist, daß für den gestundeten Kaufpreis eine Hypothek an dem verkauften Grundstücke zu bestellen oder in Anrechnung auf den Kaufpreis zu übernehmen ist (§ 509 Abs. 2).

Elfter Titel.

§ 146. Tausch.

Während der Kauf auf die Uebertragung eines wirthschaftlichen Gutes gegen Geld gerichtet ist, bezweckt der Tausch die Uebertragung eines solchen Gutes gegen ein anderes. Gegenstand des Tausches kann somit alles sein, was Gegenstand des Kaufes sein kann, insbesondere auch Rechte. Auf den Tausch kommen die Vorschriften über den Kauf zur entsprechenden Anwendung (§ 515), und zwar ist jeder in Ansehung der von ihm zu bewirkenden Leistung als Verkäufer, in Ansehung der an ihn zu bewirkenden Leistung als Käufer anzusehen[1]. Es hat also jede der Parteien die Rechte und Pflichten sowohl des Verkäufers wie des Käufers. Der Tauschgegenstand ist, je nach Lage der Sache, bald entsprechend dem Kaufgegenstande, bald entsprechend dem Kaufpreise zu beurtheilen[2]. So ist insbesondere jede der Parteien zur Rechtsverschaffung und zur Gewährleistung, aber auch andererseits zur Abnahme der eingetauschten Sache (§ 433 Abs. 2) verpflichtet[3]. — Wenn inländisches Geld gegen inländisches oder ausländisches Geld gegen dasselbe ausländische gewechselt wird, liegt ein Tausch vor, dagegen wird bei einem Erwerb ausländischen Geldes gegen inländisches in der Regel Kauf anzunehmen sein[4].

§ 515.

Zwölfter Titel.

§ 147. Der Trödelvertrag.

Das BGB. enthält keine besonderen Bestimmungen über den Trödelvertrag. Das Wesen dieses Vertrags besteht darin, daß Jemand einem Anderen eine

---

[1]) Dies war im § 502 E. I vorgeschrieben, ist aber von der zweiten Kommission als überflüssig gestrichen worden. (Prot. II S. 130.)

[2]) Es ist an sich keine Vorschrift für den Kauf von der analogen Anwendung ausgeschlossen. Die Ansicht Cosacks (I S. 454), daß alle Regeln, die auf die Zahlung des Kaufpreises als solche Bezug haben, z. B. das Preisminderungsrecht, unanwendbar seien, erscheint unbegründet. Auf die Preisminderung kommt § 473 zur entsprechenden Anwendung; in welcher Weise ergiebt das Beispiel oben § 136 Anm. 15. So kommt z. B. auch § 454 zur Anwendung: Hat die eine Partei die ihr obliegende Leistung bewirkt und der anderen Partei die dieser obliegenden Leistung gestundet, so kann sie nicht mehr in Gemäßheit der §§ 325, 326 vom Vertrage zurücktreten. Auf einen Eigenthumsvorbehalt kommt § 455 zur analogen Anwendung.

[3]) Erfüllt eine der Parteien ihre Verpflichtungen nicht, so kommt § 440 zur Anwendung; nach Maßgabe dieser Bestimmungen ist also auch das Rücktrittsrecht gegeben. Vgl. Cosack I S. 454.

[4]) Vgl. Oertmann S. 154 unter c, Cosack I S. 389. Es ist also ein Tausch, wenn man ein Zwanzigmarkstück wechselt oder wenn man sich für ein Zwanzigfrankstück französisches Kleingeld geben läßt. Wenn jedoch z. B. Jemand, der eine Reise nach Frankreich machen will, sich für 500 Mark französisches Geld einwechselt, so kauft er dieses französische Geld.

Sache unter der Verpflichtung übergiebt, innerhalb einer festgesetzten Zeit entweder die Sache zurückzugeben oder den bestimmten Preis zu bezahlen. Der wirthschaftliche Zweck des Vertrags ist der, daß der Eigenthümer der Sache die Möglichkeit erlangt, die Sache zu verkaufen, ohne selbst thätig sein zu müssen, und daß der andere Theil aus dem Verkaufe der Sache Vortheil ziehen kann, ohne seinerseits die Sache vorher fest erwerben zu müssen. Diese wirthschaftlichen Zwecke werden aber bequemer durch andere Vertragsformen, insbesondere, den Auftrag, die Sache im eigenen Namen zu verkaufen (Verkaufskommission) erreicht. Die Bestimmungen des preußischen Rechtes, welches eingehende Vorschriften über den Trödelvertrag enthielt [1]), ergeben, wie eng verwandt auch nach der Auffassung dieses Rechtes der Trödelvertrag mit dem Auftrage zum Verkauf ist, da jede Abweichung von der gesetzlichen Begriffsbestimmung dem Vertrage seinen eigenthümlichen Charakter als Trödelvertrag raubte und ihn zu einem „bloßen Auftragsgeschäfte" machte. Auch andere Vertragsformen, wie bedingter Kauf, Dienstmiethe, Gesellschaftsvertrag können den mit dem Trödelvertrag angestrebten Zwecken dienstbar gemacht werden. Sollte ein eigentlicher Trödelvertrag zwischen den Parteien geschlossen sein, auf den die Normen eines anderen im BGB. besonders geregelten Vertrags nicht passen, so sind die Rechtsverhältnisse der Parteien nach den zwischen ihnen getroffenen Vereinbarungen und in Ermangelung solcher nach den allgemeinen Vorschriften des Gesetzes und den analog anzuwendenden Vorschriften über verwandte Verträge zu beurtheilen [2]).

Dreizehnter Titel.

Schenkung.

§ 148. Begriff und Erfordernisse.

§ 516 Abs. 1.

I. Dem Begriffe der Schenkung sind im BGB. feste Grenzen gezogen. Nicht jede unentgeltliche Zuwendung eines Vortheils, nicht jede einem Anderen erwiesene Wohlthat ist eine Schenkung im Rechtssinne. Es wird vielmehr erfordert, daß die Zuwendung aus dem Vermögen des Schenkers erfolgt und das Vermögen des Beschenkten bereichert, daß eine Vermögensverschiebung vorliegt. Hierdurch werden die zahlreichen Liberalitäten und Gefälligkeiten des täglichen Lebens aus der Rechtssphäre herausgehoben und in das einer strengen juristischen Regelung nicht zugängliche Gebiet der Sitte verwiesen [1]).

1. Die Zuwendung muß aus dem Vermögen des Schenkers erfolgen, d. h. seinen gegenwärtigen Vermögensstand nachtheilig beeinflussen, und sie muß

---

[1]) ALR. §§ 511—526, I. 11.

[2]) Vgl. M. II S. 516—518, Endemann I § 156 Anm. 5, Cosack I S. 477, 478, Dernburg II § 348.

[1]) Diese enge Begrenzung des Begriffs der Schenkung war mit Rücksicht auf zahlreiche andere Vorschriften des Gesetzes erforderlich. Wenn z. B. im § 1584 bestimmt ist, daß, wenn im Falle der Ehescheidung ein Ehegatte allein für schuldig erklärt ist, der andere alle während der Ehe gemachten Schenkungen widerrufen kann, so würde es zu endlosen Streitigkeiten und Prozessen führen, wenn zu den Schenkungen auch solche Liberalitäten gehörten, die eine Vermögensverschiebung nicht in sich schließen. — Der im Gesetze sich häufig (z. B. §§ 330, 1638, 1651) findende Ausdruck „unentgeltliche Zuwendung" ist ein weiterer Begriff als der der Schenkung, er umfaßt jede Zuwendung, für welche ein Entgelt nicht gewährt wird.

gleichzeitig den Beschenkten bereichern, d. h. seinen **Vermögensstand** verbessern. Liberalitäten, welche das Vermögen des Zuwendenden nicht vermindern, sind daher keine Schenkungen im Rechtssinne. Es liegt somit regelmäßig keine Schenkung vor, wenn Jemand einem Anderen unentgeltlich einen Dienst leistet, einen Rath ertheilt, eine Sache zum Gebrauch überläßt, zur Aufbewahrung übernimmt u. s. w.[2])

§ 517. 2. Keine nachtheilige Beeinflussung des gegenwärtigen Vermögensstandes und daher keine Schenkung im Rechtssinne liegt vor, wenn Jemand nicht aus seinem bereits erworbenen Vermögen etwas aufwendet, sondern nur einen Vermögenserwerb unterläßt.[3]) Dieser Fall liegt auch vor, wenn Jemandem ein Recht bereits angefallen und ihm damit die **Möglichkeit** des Erwerbes gegeben ist (z. B. ein bedingtes Recht), er aber auf den definitiven Erwerb verzichtet. Deshalb ist auch die zum Vortheil eines Anderen erfolgende Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses keine Schenkung. Denn wenn auch mit dem Erbfalle die Erbschaft kraft Gesetzes auf den Erben übergeht und die Forderung des Vermächtnißnehmers zur Entstehung kommt (§§ 1942, 2176), so erfolgt beides doch unbeschadet des Rechtes, die Erbschaft oder das Vermächtniß auszuschlagen, und in beiden Fällen hat die Ausschlagung derart rückwirkende Kraft, daß der Anfall der Erbschaft und des Vermächtnisses als nicht erfolgt gilt. (§§ 1953 Abs. 1, 2180 Abs. 3.)[4])

3. Eine **Verbesserung** des **Vermögens** dessen, dem etwas zugewendet wird, und daher eine Schenkung, liegt regelmäßig dann nicht vor, wenn er im Resultate das erhält, worauf er einen rechtsbegründeten Anspruch hat, mag auch durch die Zuwendung seine Position verbessert werden. Die Sicherheitsleistung für ein bestehendes Recht, mag sie durch den Schuldner oder einen Dritten erfolgen, ist daher in der Regel keine Schenkung[5]).

---

[2]) Z. B. wenn ein Hauseigenthümer eine Wohnung, die leer steht und die er nicht sogleich vermiethen könnte, einem Anderen vorübergehend ohne Entgelt überläßt. — Die in der zweiten Kommission (im Anschluß an die Abhandlung von Reatz, in den „Gutachten aus dem Anwaltstande", S. 163 ff., insbes. S. 174—179) beantragte Ausdehnung des Schenkungsbegriffs auf die Zuwendung **immaterieller Güter**, wenn mit ihnen ein wirthschaftlicher Vortheil für den Beschenkten verbunden ist, ist abgelehnt worden (Prot. II S. 3). Man darf hieraus nicht schließen, daß die Zuwendung eines immateriellen wirthschaftlichen Gutes nie eine Schenkung sein **kann**, man wird aber fordern müssen, daß die Möglichkeit der Umsetzung dieses immateriellen Gutes in einen materiellen Vermögenswerth eine so nahe und leichte ist, daß das immaterielle Gut sich schon als Bestandtheil des Vermögens darstellt.

[3]) Beispiele enthält § 1406: Ablehnung eines Vertragsantrags oder einer Schenkung. Weil in diesen Fällen ein noch nicht erworbenes Recht in Frage steht, bedarf auch die Frau der Zustimmung des Mannes nicht. (§ 1406 Ziffer 1 u. 2.)

[4]) Anders liegt es beim Pflichttheile. Der Anspruch auf diesen entsteht schlechthin mit dem Erbfalle (§ 2317 Abs. 1), ist also von diesem Zeitpunkt an ein definitiv erworbenes Recht. Vgl. M. II S. 291.

[5]) Dies war im § 439 E. 1 ausdrücklich bestimmt, ist aber von der zweiten Kommission als selbstverständlich gestrichen worden, wobei jedoch hervorgehoben wurde, daß Fälle denkbar seien, in denen die Bestellung einer Sicherheit sich in der That als Schenkung darstelle, z. B. die Bürgschaft oder Pfandbestellung für eine Forderung gegen eine vermögenslose Verlassenschaft (Prot. II S. 8). Wenn die Bestellung einer Sicherheit regelmäßig auch keine Schenkung im engeren Sinne ist, so kann sie doch eine unentgeltliche Zuwendung sein und als solche der Anfechtung nach den Bestimmungen des Anfechtungsgesetzes und der KO. unterliegen. Vergl. Jäger KO., Anm. 6 u. 7 zu § 32. Auch die **Aufgabe** einer Sicherheit, z. B. Rückgabe des Pfandes, Prioritäts-Einräumung, Entlassung des Bürgen, ist regelmäßig keine Schenkung, da der Berechtigte sein Recht **behält**, also an seinem Vermögen keine Einbuße erleidet. Eine Schenkung wird jedoch dann vorliegen, wenn das Recht so unsicher ist, daß die Aufgabe der Sicherheit seinen Verlust zur Folge hat. Vergl. Prot. II S. 8, 9. Vergl. auch Dernburg II § 205, Anm. 11.

4. Hat die Zuwendung eine Vermögensverschiebung zur Folge, so ist es im Uebrigen gleichgültig, worin die Zuwendung besteht. Die Bereicherung des Beschenkten kann dadurch bewirkt werden, daß ein Gegenstand direkt zum Bestandtheile seines Vermögens gemacht (durch Uebereignung einer Sache oder Uebertragung oder Begründung eines Rechtes) oder daß ihm eine Sache zum Gebrauch oder zur Nutzung überlassen oder daß er von einer Verpflichtung befreit wird.[6]) Die Zuwendung kann auch in der Weise erfolgen, daß bei einem gegenseitigen Vertrage die Gegenleistung niedriger als der Werth der Leistung festgesetzt wird (sog. negotium mixtum cum donatione)[7]).

5. Aus dem Erfordernisse der Vermögensminderung auf der einen und der Bereicherung auf der anderen Seite ergiebt sich von selbst das Erforderniß der Unentgeltlichkeit der Zuwendung[8]). Es genügt jedoch nicht, daß der Schenker die Zuwendung unentgeltlich bewirken will[9]), sondern es muß auch der Andere die Zuwendung als eine unentgeltliche, als ein Geschenk, annehmen wollen. Die Schenkung ist somit ein Vertrag[10]), auf den die allgemeinen Vertragsgrundsätze zur Anwendung kommen[11]).

§ 516 Abs. 2. 6. Da eine Schenkung ohne Annahme durch den Beschenkten nicht zu Stande kommen kann, so ist eine Schenkung auch dann nicht perfekt, wenn die Zuwendung an den Beschenkten zwar bereits erfolgt ist, aber ohne dessen Willen[12]). Die Zuwendung hat in diesem Falle den Charakter einer Vertragsofferte. In der bereits erfolgten Zuwendung aber liegt die stillschweigende Erklärung, daß man an diese Offerte so lange gebunden sein wolle, bis der Andere erklärt, daß er die Schenkung ablehnt. Um zur Klarheit darüber zu gelangen, ob die beabsichtigte Schenkung wirklich zu Stande kommt, kann der Zuwendende den Anderen unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung über die Annahme auffordern. Lehnt der Andere die Schenkung nicht innerhalb

---

[6]) Vergl. Dernburg II § 205 unter II, 1.

[7]) Selbstverständlich liegt nicht schon immer dann eine Schenkung vor, wenn die Gegenleistung hinter dem Werthe der Leistung zurückbleibt, vielmehr müssen noch alle anderen Erfordernisse der Schenkung, insbesondere die Einigung der Parteien über die Unentgeltlichkeit dieser Zuwendung hinzukommen. Vergl. Dernburg II § 210 unter II.

[8]) Es ist daher keine Schenkung, wenn für den Zuwendenden eine, wenn auch nur moralische Verbindlichkeit zu der Zuwendung vorhanden ist, denn es fehlt dann die Bereicherungsabsicht, der animus donandi, vergl. RG. Bd. 6 S. 229, (Versprechen des Schuldners nach Abschluß eines Akkordes, die ganze ursprüngliche Forderung eines Gläubigers zu berichtigen), RG. Bd. 27 S. 336 ff.

[9]) Zu bemerken ist, daß die Bereicherungsabsicht nicht das einzige Motiv des Zuwendenden zu sein braucht, daß somit der Schenkungscharakter der Zuwendung nicht dadurch beseitigt wird, daß bei dem Schenker noch andere, vielleicht sogar egoistische Beweggründe vorliegen; diese sind, insoweit sie sich eben nur als Beweggründe für die unentgeltliche Zuwendung darstellen, rechtlich belanglos. Vergl. RG. Bd. 14 S. 191 ff., Bd. 23 S. 207 ff., insb. S. 214 (Prozeß Carstenn-Lichterfelde c/a. Militärfiskus), Cosack I S. 481 unter f. Prot. II S. 25.

[10]) Ebenso im preuß. (ALR. I 11 §§ 1037, 1058) und franz. Rechte (C. c. Art. 932, 1105), wogegen die Frage im gemeinen Rechte streitig war (Dernburg III § 206 Anm. 1. Oertmann Vorb. 2 zu § 516).

[11]) Ein Geschäftsunfähiger kann daher keine Schenkung annehmen. Eine dem preußischen Rechte (ALR. I 11 § 1060) entsprechende Vorschrift, daß für einen Geschäftsunfähigen jeder Dritte annehmen könne, ist dem BGB. fremd.

[12]) Z. B. Befriedigung des Gläubigers eines Anderen ohne dessen Wissen und Wollen; wissentliche Berichtigung einer Nichtschuld an Jemanden, der die Forderung für rechtsbeständig hält; Aufwendungen für einen Anderen animo donandi. Vergl. M. II S. 288. Aber nicht auf das Wissen, sondern auf das Wollen kommt es an. Weiß der Beschenkte von der unentgeltlichen Zuwendung, so liegt eine Schenkung so lange nicht vor, als er nicht den Annahmewillen irgendwie bethätigt hat. Vergl. Schollmeyer S. 27.

der Frist ab, so gilt sie als angenommen [13]). Lehnt er sie dem Zuwendenden gegenüber ab, so ist eine Schenkung nicht zu Stande gekommen; der Andere ist daher durch das ihm Zugewendete ungerechtfertigt bereichert und muß es demgemäß herausgeben [14]).

II. Die Gültigkeit des Schenkungsvertrags ist von der Beobachtung einer bestimmten Form abhängig gemacht. § 518.

1. Nur das Schenkungsversprechen, nicht auch die Annahme, bedarf der Form, und zwar der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Ist für den Vertrag aus einem anderen Grunde (§§ 311—313, 2371) eine Form erforderlich, so ist diese Form zu beobachten. Hat also ein Schenkungsvertrag ein Grundstück oder eine Erbschaft zum Gegenstande, so muß nicht nur das Schenkungsversprechen, sondern auch die Annahme gerichtlich oder notariell beurkundet werden.

2. Nur für das obligatorische Schenkungsversprechen, durch welches die Verpflichtung zur Leistung begründet wird, ist die Form vorgeschrieben. Der obligatorische Schenkungsvertrag ist das Kausalgeschäft für die Vollziehung der Schenkung. Dieser wird ein solches Kausalgeschäft häufig vorangehen. Häufig wird aber die Schenkung sofort vollzogen, ohne daß ein besonderer obligatorischer Schenkungsvertrag vorangegangen ist. Ist dies der Fall, so ist die Schenkung ohne Beobachtung einer Form gültig zu Stande gekommen. Vollzogen ist die Schenkung, wenn die von den Parteien gewollte Vermögensbereicherung eingetreten, insbesondere bei der Schenkung einer Sache das Eigenthum an ihr auf den Beschenkten übergegangen ist [15]).

3. Eine Ausnahme gilt für das abstrakte Schuldversprechen und das abstrakte Schuldanerkenntniß. Der abstrakte Vertrag ist von seinem eigentlichen Verpflichtungsgrund unabhängig. Ein Schuldanerkenntniß steht rechtlich der Leistung gleich (§ 812 Abs. 2). Trotzdem behandelt das Gesetz, um die Umgehung der Formvorschrift zu verhindern, die schenkweise Ertheilung eines abstrakten Schuldversprechens und Schuldanerkenntnisses rücksichtlich der Form-

---

[13]) Das Gesetz stellt im Gegensatze zu § 438 E. I eine Fiktion, nicht blos eine durch Gegenbeweis entkräftbare Vermuthung auf.

[14]) Wird eine mit Aufwendungen verbundene Geschäftsführung animo donandi vorgenommen und lehnt der Geschäftsherr die Annahme der Schenkung ab, so kann nach § 516 Abs. 2 der Geschäftsführer die Herausgabe der Bereicherung fordern. Hiermit steht anscheinend § 685 Abs. 1. in Widerspruch, welcher bestimmt, daß in diesem Falle dem Geschäftsführer schlechthin ein Anspruch nicht zusteht. Dieser Widerspruch ist so zu lösen, daß § 685 Abs. 1 einschränkend dahin auszulegen ist, daß dem Geschäftsführer ein Anspruch aus der Geschäftsführung nicht zusteht, was nicht ausschließt, daß er aus einem anderen Grunde einen Anspruch geltend machen kann. Vergl. auch Oertmann Anm. 2 zu § 685.

[15]) Hierin liegt eine wichtige Abweichung von den Bestimmungen des preuß. Rechtes, dem sich rücksichtlich der Formalisierung der Schenkung das BGB. im Uebrigen angeschlossen hat. Nach dem ALR. § 1068 I 11 genügte nicht jede Art der Uebergabe, um die formlose Schenkung wirksam zu machen, vielmehr mußte „eine wirkliche Naturalübergabe, wodurch die geschenkte Sache in den Besitz und den Gewahrsam des Beschenkten gelangt" erfolgt sein. Anders nach dem BGB. Es genügt, wenn der Beschenkte Eigenthümer der Sache geworden ist, mag die Uebergabe nach § 929 oder der Ersatz der Uebergabe nach den §§ 930, 931 erfolgt sein. Bei Grundstücken ist die Auflassung und Eintragung erforderlich, die Uebergabe genügt zur Vollziehung der Schenkung nicht. Bei Forderungen erfolgt die Bewirkung der Leistung durch Abtretung, bei der Schenkung einer Schuld des Beschenkten durch den Abschluß des Erlaßvertrags. — Zu bemerken ist, daß auch die preußischrechtliche Vorschrift, daß eine formlose vollzogene Schenkung binnen 6 Monaten widerrufen werden kann (ALR. § 1090 I 11), dem BGB. fremd ist.

vorschrift nicht als eine Vollziehung der Schenkung, sondern als ein bloßes Schenkungsversprechen [16]).

4. Ist die Formvorschrift nicht beobachtet, so tritt nicht absolute Nichtigkeit des Versprechens ein. Es wird vielmehr der Mangel dadurch geheilt, daß die Schenkung vollzogen, die versprochene Leistung bewirkt wird. Die Heilung hat die Wirkung, daß das Schenkungsversprechen von Anfang an wirksam ist. Eine Folge davon ist insbesondere, daß der Schenker, der in der irrigen Meinung, aus einem nicht formgemäßen Versprechen verpflichtet zu sein, geleistet hat, die Leistung nicht zurückfordern kann. [17]) — Wird die versprochene Leistung nur theilweise bewirkt, so tritt auch nur eine theilweise Heilung des Mangels ein. [18])

§ 149. Die Verpflichtungen des Schenkers.

I. Ein gültiger Schenkungsvertrag begründet für den Schenker die Verpflichtung zur Bewirkung der versprochenen Leistung. Auf diese Verpflichtung finden die allgemeinen Grundsätze über die Verpflichtung zur Leistung (§§ 241 ff.) Anwendung. [1]) Jedoch tritt in verschiedenen Beziehungen eine Milderung der Verpflichtungen des Schenkers ein:

§§ 521, 522. 1. Der Schenker haftet, sowohl bei dem Abschlusse des Vertrags, insbesondere in den Fällen der §§ 307, 309, als bei der Erfüllung seiner Verbindlichkeit nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit (§ 521).

2. Er ist ferner zur Entrichtung von Verzugszinsen nicht verpflichtet (§ 522). Im Uebrigen aber treten die Wirkungen des Verzugs auch gegen ihn ein. Er hat daher insbesondere dem Beschenkten den durch den Verzug entstehenden Schaden zu ersetzen (§ 286) und muß während des Verzugs jede Fahrlässigkeit und den Zufall nach Maßgabe des § 287 vertreten. [2]) Auch die Wirkungen der Rechtshängigkeit (§§ 291, 292) treten im vollen Umfange gegen

---

[16]) Daß die Vorschrift des § 518 Abs. 1 S. 2, wie Planck Anm. 2 zu § 518 annimmt, einer Ausdehnung auf andere abstrakte Schuldversprechen nicht fähig sei, dürfte nicht zutreffend sein, richtig ist nur, daß die Vorschrift nicht auf alle abstrakte Schuldverschreibungen ausgedehnt werden darf, daß vielmehr eine Ausnahme bei denjenigen gemacht werden muß, bei denen das Papier der Träger der Forderung ist und mit der Uebergabe des Papiers auch das Recht übergeht. Dies ist vor allem der Fall, wenn Jemand schenkweise ein Inhaberpapier kreiert und es dem Beschenkten aushändigt, ferner bei dem Wechsel, und zwar nicht nur, wenn Jemand schenkweise einen Wechsel indossiert und dem Beschenkten übergiebt, sondern auch dann, wenn der Schenker einen gezogenen Wechsel acceptiert oder einen eigenen Wechsel ausstellt und dem Beschenkten aushändigt. (Vgl. RG. Bd. 2 S. 6 ff.) A. M. Dernburg II § 206 unter III. Dasselbe ist bei einer indossabelen Schuldverschreibung (§ 363 HGB.) der Fall. Ist der Verpflichtungsschein des § 363 HGB. dagegen nicht an Order gestellt und daher nicht indossabel, so ist die Formvorschrift des BGB. zu beachten, denn die Ausstellung und Aushändigung einer solchen Urkunde enthält keine Vollziehung der Schenkung, stellt vielmehr ein bloßes Schenkungsversprechen dar.

[17]) Vgl. Prot. II S. 11 im Gegens. zu § 441 E. I und M. II S. 295.

[18]) Vgl. Cosack I S. 483, Oertmann Anm. 5 zu § 518.

[1]) Rücksichtlich des Erfüllungsorts enthielt der E. I § 446 die besondere Vorschrift, daß der Schenker im Zweifel an dem Orte zu erfüllen habe, an dem er zur Erfüllungszeit seinen Wohnsitz hat. Die zweite Kommission hat diese Vorschrift gestrichen, weil sie in der Regel sich aus dem Willen der Parteien von selbst ergebe. Prot. II S. 30. Die Schuld aus einer Schenkung ist in der Regel eine Holschuld. Vgl. Dernburg II § 207 unter I, 4.

[2]) Zu beachten ist jedoch, daß in Folge der Vorschriften der §§ 285, 521 der Schenker nicht in Verzug kommt, wenn die Leistung zwar schuldhaft, aber nicht in Folge eines groben Verschuldens unterbleibt.

ihn ein, so daß er insbesondere eine Geldschuld von der Rechtshängigkeit an zu verzinsen hat.[3]) §§ 523, 524.

II. Auch rücksichtlich der **Haftung für Mängel im Rechte und für Mängel der Sache** ist der Schenker weit günstiger gestellt, als der aus einem gegenseitigen Vertrage Verpflichtete. Der Schenker macht die Schenkung in der Regel aus seinem vorhandenen Vermögensbestande. Er kann daher auch nur verpflichtet sein, den Gegenstand so auf den Beschenkten zu übertragen, wie er ihn selbst hat. Es folgt hieraus, daß er für Mängel nur in besonderen Ausnahmefällen aufzukommen hat.

1. Was die Haftung wegen **Mängel im Rechte** anbetrifft, so ist zu unterscheiden, ob der Schenker einen, sei es speziell, sei es generell, bestimmten Gegenstand schenkt, der seinem Vermögensbestande bereits angehört, oder ob er sich verpflichtet hat, einen Gegenstand zu leisten, den er selbst erst erwerben sollte.

a) Im ersteren Falle liegt ihm, dem oben erwähnten Grundsatz entsprechend, eine Gewährleistungspflicht nicht ob. Er haftet nur, wenn er einen Mangel im Rechte arglistig verschwiegen hat und auch in diesem Falle nur für denjenigen Schaden, welcher dem Beschenkten aus diesem arglistigen Verschweigen entstanden ist, d. h. für das negative Interesse[4]).

b) Im zweiten Falle ist er in Folge seines Schenkungsversprechens verpflichtet, den Gegenstand zu erwerben und er muß diese Verpflichtung mit derjenigen Sorgfalt erfüllen, die ihm als Schenker (nach § 521) obliegt. Er verletzt diese Sorgfalt, wenn er einen mit einem Mangel im Rechte behafteten Gegenstand[5]) erwirbt, obwohl er den Mangel kennt oder in Folge grober Fahrlässigkeit nicht kennt. Die Folge dieser Verletzung seiner Vertragspflicht ist, daß er dem Beschenkten für Schadensersatz wegen Nichterfüllung aufkommen muß[6]). Für diese Verpflichtung des Schenkers gelten im Wesentlichen diejenigen Vorschriften, welche für die Gewährleistungspflicht des Verkäufers bei Mängeln im Rechte gegeben sind[7]).

---

[3]) Nach preuß. Rechte (ALR. § 1079 I 11) war der Schenker auch von der Verpflichtung, Prozeßzinsen zu zahlen, frei, er hatte nur sog. Judikatszinsen zu entrichten. — Andererseits gilt die Vergünstigung des § 522 im Gegens. z. preuß. R. (ALR. § 1081 I 11) auch für die Erben des Schenkers.

[4]) Vgl. Prot. II S. 27, Cosack I S. 484 unter 2c. A. schenkt dem B. eine Forderung von 500 Mark gegen X., verschweigt ihm aber, daß er die Forderung dem X. erlassen habe. B. klagt die Forderung gegen X. ein und verliert den Prozeß. Er kann die ihm durch den Prozeß entstandenen Kosten von A. ersetzt verlangen.

[5]) Der Gebrauch des Wortes „Sache" statt „Gegenstand" im § 523 Abs. 2 beruht offenbar auf einem Versehen. Vgl. Planck Anm. 1b zu § 523, Fischer-Henle Anm. 3 zu § 523.

[6]) A. hat dem B. notariell versprochen, ein Pferd zu erwerben und es ihm zu schenken. (Sowohl bei § 523 Abs. 1 wie Abs. 2 macht es keinen Unterschied, ob es sich um eine speziell oder eine generisch bestimmte Sache handelt). A. hat ein Pferd, welches gestohlen war, angeschafft und dem B. übereignet. Das Pferd wird dem B. evinziert. Hat A. gewußt oder ohne grobe Fahrlässigkeit wissen müssen, daß das Pferd gestohlen ist, so haftet er dem B. auf vollen Schadensersatz. Fällt dem A. eine grobe Fahrlässigkeit nicht zur Last, so ist er von jeder Haftung frei. B. kann nicht etwa unter der Behauptung, A. habe sein Schenkungsversprechen in Wahrheit noch nicht erfüllt, die Lieferung eines anderen Pferdes verlangen. Denn die Verpflichtung des A. hatte sich nach § 243 Abs. 2 auf das gelieferte Pferd beschränkt.

[7]) Die analoge Anwendung der im § 523 Abs. 2 S. 2 zitierten Paragraphen giebt zu Zweifeln Veranlassung. Planck (Anm. 1b zu § 523) nimmt an, daß der Beschenkte Beseitigung des Rechtsmangels und statt dessen unter den allgemein maßgebenden Voraussetzungen (§§ 280, 283, 286 Abs. 2) Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann. Auch Oertmann (Anm. 2c zu 523) ist der Ansicht, daß der Schenker zunächst auf Beseitigung des Mangels, eventuell auf das volle Erfüllungsinteresse hafte, daß der Schenker, wie

2. Rücksichtlich der Haftung des Schenkers für Mängel der Sache ist im Gesetze der Fall, daß der Schenker Eigenschaften der Sache zugesichert hat und daß diese zugesicherten Eigenschaften fehlen (vgl. § 459 Abs. 2), nicht geregelt[8]). Es ist in einem solchen Falle unter Berücksichtigung der Umstände festzustellen, ob der Schenker mit dieser Zusicherung eine Haftung überhaupt hat übernehmen wollen und welches der Inhalt seiner Haftung sein sollte[9]). In jedem Falle ist auch hier die Vorschrift des § 521 von Bedeutung. — Für Fehler der geschenkten Sache, d. h. solche im Sinne des § 459 Abs. 1, haftet der Schenker nur, wenn er sie arglistig verschwiegen hat, und zwar hat er auch in diesem Falle nur für das negative Interesse aufzukommen. Der Ausnahmefall, in dem eine erhöhte Haftung eintritt, ist hier enger umgrenzt als bei der Haftung für Mängel im Rechte. Er liegt nur vor, wenn der Schenker sich verpflichtet hat, eine nur der Gattung nach bestimmte Sache, die er erst erwerben sollte, dem Beschenkten zu übereignen[10]). Ging seine Verpflichtung dahin,

---

der Verkäufer, an erster Stelle zur lastenfreien Verschaffung des Gegenstandes verpflichtet ist. Die Richtigkeit dieser Ansicht kann nicht zugegeben werden. Der § 523 Abs. 2 S. 1 bestimmt ausdrücklich, daß in dem gegebenen Falle der Beschenkte Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann. Irgend ein anderer Anspruch ist ihm nicht gegeben. Die analoge Anwendung des § 433 Abs. 1 und der §§ 434—437 hat nur die Bedeutung, zu bestimmen, für welche Rechtsmängel der Schenker haftet, nicht wie er haftet, denn dies ist im Satz 1 des Abs. 2 besonders vorgeschrieben. Planck beruft sich für seine Ansicht auf Prot. V S. 227. Nun ist allerdings richtig, daß dort für das Gattungsvermächtniß das Gegentheil ausgeführt ist, und ferner ist es richtig, daß die Vorschrift des § 523 Abs. 2 S. 2 der des § 2182 Abs. 1 nachgebildet ist (vgl. Prot. VI S. 183), aber entscheidend fällt ins Gewicht, daß § 2182 Abs. 1 in seiner Fassung vom § 523 Abs. 2 abweicht, denn dort heißt es, daß der Beschwerte die gleichen Verpflichtungen hat wie ein Verkäufer. Die Zitierung der in Rede stehenden Paragraphen hat also beim Gattungsvermächtniß eine viel weitergehende Bedeutung als bei der Schenkung. Die praktische Konsequenz der hier vertretenen Ansicht ist folgende: Da der Schadensersatzanspruch des Beschenkten den Beschränkungen des § 440 Abs. 2—4 unterliegt, also in der Regel nicht gegeben ist, wenn der Beschenkte die ihm übergebene Sache besitzt und nutzt (vgl. oben 133 unter 4), und da ihm ein anderer als der Schadensersatzanspruch nicht zusteht, so kann der Beschenkte, so lange er sich im Besitz und Genusse der Sache befindet, den Schenker überhaupt nicht in Anspruch nehmen. Es erscheint dies als eine wohlberechtigte, vom Gesetze gewollte Konsequenz.

[8]) Im § 524 Abs. 1 ist nur von „Fehlern" der Sache die Rede. Fehler sind aber nur die Mängel des § 459 Abs. 1; s. oben S. 134 Anm. 7.

[9]) Die Ansicht der M. (II S. 297), daß der Schenker auch für zugesicherte Eigenschaften nur bei Arglist hafte, ist für das Gesetz nicht maßgebend, denn der § 444 E. I sprach vom „Mangel" der verschenkten Sache. Nach § 521 ist anzunehmen, daß der Schenker, wenn eine wirkliche verpflichtende Zusicherung vorliegt, nicht nur für dolus, sondern auch für grobe Fahrlässigkeit haftet.

[10]) Die Verschiedenheit zwischen dem § 523 Abs. 2 und dem § 524 Abs. 2, daß ersterer auch bei einer anzuschaffenden Spezies, letzterer nur bei einer anzuschaffenden Genussache gilt, ist auf den ersten Blick auffallend. Man sollte meinen, der Schenker, der sich verpflichtet, eine bestimmte Sache anzuschaffen, braucht sie nur so zu erwerben, wie sie ist, nicht nur mit ihren faktischen Fehlern, sondern auch mit ihren Rechtsmängeln. In der That meinen daher Schollmeyer (S. 28, 29), der diese Bestimmungen „gekünstelt und geradezu unhaltbar" nennt, und ebenso Cosack (I S. 485 unter d), nach welchem das Gesetz „offenbar falsch formuliert" ist, daß auch § 523 Abs. 2 nur auf generisch bestimmte Sachen hätte beschränkt werden müssen. Daß eine solche Auslegung bei dem klaren Wortlaute des Gesetzes nicht zulässig ist, leuchtet ohne Weiteres ein. Aber die Unterscheidung ist auch in Wirklichkeit wohl begründet und der Tadel des Gesetzes ungerechtfertigt. Wenn A. sich verpflichtet, das bestimmte im Besitze des X. befindliche Pferd zu erwerben und dem B. schenkweise zu übereignen, so kann A. nicht mehr thun, als das Pferd so erwerben wie es beschaffen ist; B. kann sich nicht beklagen, wenn es fehlerhaft ist. Ganz anders liegt aber die Sache, wenn A. weiß oder ohne grobe Fahrlässigkeit wissen muß, daß das im Besitze des X. befindliche Pferd ein gestohlenes ist. Er erfüllt dann seine Vertragspflichten nicht, wenn er

eine Spezies zu erwerben und sie dem Beschenkten zu übertragen, so kann der Wille der Parteien nur der sein, daß der Schenker die Sache so, wie sie ist, erwerben solle. Er haftet daher für Fehler der Sache, außer im Falle des arglistigen Verschweigens, nicht. Wenn dagegen der Ausnahmefall vorliegt, der Schenker also eine generisch bestimmte Sache erwerben soll, so darf er nicht wissentlich oder aus grober Fahrlässigkeit eine fehlerhafte Sache erwerben. Hat er dies gethan, so kann der Schenker statt der fehlerhaften eine fehlerfreie Sache verlangen. Schadensersatz wegen Nichterfüllung kann er erst, den allgemeinen Grundsätzen entsprechend, verlangen, wenn der Schenker diese Verpflichtung nicht erfüllt, insbesondere in den Fällen der §§ 283, 286 Abs. 2. Hat dagegen der Schenker den Fehler arglistig verschwiegen, so hat der Beschenkte die Wahl, ob er die Lieferung einer fehlerfreien Sache oder sofort Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen will. Auf diese Gewährleistungsansprüche kommen alle diejenigen Vorschriften zur entsprechenden Anwendung, welche für die Gewährleistung des Verkäufers für Fehler der Sache gelten.

3. Es ist selbstverständlich zulässig, daß der Schenker sowohl für Mängel im Rechte wie für Mängel der Sache eine weitergehende Haftung übernimmt. Der Inhalt einer solchen Haftung ist durch Auslegung des Versprechens festzustellen[11]).

§ 519. III. Eine fernere Begünstigung des Schenkers liegt darin, daß ihm das Recht gegeben ist, die Erfüllung des Schenkungsversprechens[12]) insoweit zu verweigern, als seine Unterhaltspflichten unter der Erfüllung leiden würden. Die Voraussetzungen dieser Einrede[13]) liegen schon dann vor, wenn bei Berücksichtigung der sonstigen Verbindlichkeiten des Schenkers die Erfüllung des Schenkungsversprechens den standesmäßigen Unterhalt des Schenkers oder die Erfüllung der ihm kraft Gesetzes obliegenden Unterhaltspflichten nicht gerade unmöglich machen, aber doch gefährden würde[14]). In demjenigen Umfang, in welchem dies der Fall sein würde, braucht der Schenker sein Schenkungsversprechen nicht zu er-

---

es trotzdem erwirbt und den B. in einen Eviktionsprozeß verwickelt. Wird das Pferd dem B. evinziert, so hat es A. thatsächlich nicht „erworben", und da diese Nichterfüllung seiner Pflichten auf Vorsatz oder grobem Versehen beruht, ist er schadensersatzpflichtig. Die Frage Schollmeyers, was denn dem A. seine Kenntniß nützt, da er doch verpflichtet ist, die bestimmte Sache zu schenken, ist dahin zu beantworten: A. hat sich verpflichtet, das Pferd zu erwerben. Diese Verpflichtung wird, zumal es sich um ein Schenkungsversprechen handelt, dahin auszulegen sein, daß er nur seine Bemühungen aufzuwenden, nicht aber für den Erfolg einzustehen hat. Erfährt A., daß das Pferd dem X. nicht gehört, so wird er sich zu bemühen haben, den Eigenthümer zu ermitteln und das Pferd von diesem zu erwerben. Sind seine Bemühungen erfolglos, ohne daß ihm Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt (§ 521), so ist er von jeder Haftung frei, es sei denn, daß er sich auch verpflichtet hat, für den Erfolg einzustehen, in welchem Falle er nach Maßgabe seines Garantieversprechens haftet.

[11]) Zu beachten ist, daß eine solche Uebernahme der Haftung als Theil des Schenkungsversprechens der Formvorschrift des § 518 unterliegt.

[12]) Die Einrede ist auch gegenüber einem schenkweise ertheilten abstrakten Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnisse (§ 518 Abs. 1 S. 2) gegeben. Dies ist dadurch zum Ausdrucke gebracht, daß im § 519 Abs. 1 der weite Ausdruck „schenkweise ertheiltes Versprechen" gewählt ist.

[13]) Endemann (I § 165 unter 2c) nennt die durch § 519 gegebene Einrede eine zerstörende. Die Richtigkeit dieser Ansicht ist nicht unbedenklich. Weder Wortfassung noch Zweck des § 519 zwingen zu dieser weitgehenden Annahme. Es ist nicht einzusehen, warum der Schenker sein Schenkungsversprechen nicht soll erfüllen müssen, wenn er demnächst in bessere Verhältnisse kommt. Vgl. Oertmann Anm. 5 zu § 519; auch Schollmeyer S. 29, 30 nimmt an, daß das beneficium competentiae des § 519 nur ein Recht zur zeitweiligen Erfüllungsverweigerung begründet; ebenso Dernburg II § 208 unter III, 3.

[14]) Vgl. Prot. IV S. 481.

füllen. Konkurrieren mehrere Beschenkte und ist der Schenker aus dem angegebenen Grunde nicht im Stande, alle Schenkungsversprechen zu erfüllen, so hat der früher entstandene Anspruch den Vorrang vor dem später entstandenen. Bei der im § 519 vorgeschriebenen „Berücksichtigung der sonstigen Verbindlichkeiten des Schenkers" bleiben also spätere Schenkungsversprechen unberücksichtigt[15]). Für das Recht des Schenkers, die Erfüllung seines Versprechens zu verweigern, ist es gleichgültig, ob die Voraussetzungen des § 519 bereits zur Zeit der Abgabe des Schenkungsversprechens vorgelegen haben oder erst später eingetreten sind.

§ 520. IV. Um die Verpflichtung des Schenkers auf ein möglichst geringes Maß einzuschränken, ist endlich die Vorschrift gegeben, daß ein Schenkungsversprechen, welches eine in wiederkehrenden Leistungen bestehende Unterstützung zum Gegenstande hat, in der Regel mit dem Tode des Schenkers erlischt; seine Erben sind, wenn sich nicht aus dem Versprechen ein Anderes ergiebt, zur Fortgewährung der Unterstützung nicht verpflichtet[16]). Daß die Verbindlichkeit des Schenkers auch mit dem Tode des Beschenkten erlischt, ergiebt sich aus dem Begriffe der Unterstützung.

§ 150. Rückforderung und Widerruf.

§§ 528, 529. I. Wie beim Schenkungsversprechen dem in Dürftigkeit befindlichen Schenker dem Erfüllungsverlangen gegenüber eine Einrede gegeben ist, so ist ihm nach vollzogener Schenkung das Recht gegeben, das Geschenk zurückzufordern (§§ 528, 529)[1]).

1. Die Voraussetzung dieses Rechtes ist, daß der Schenker nach der Vollziehung der Schenkung nicht im Stande ist,[2]) seinen eigenen standesmäßigen Unterhalt zu bestreiten und seine gesetzlichen Alimentationspflichten[3]) zu erfüllen. Der Anspruch ist jedoch ausgeschlossen:

a) wenn der Beschenkte seinerseits durch die Herausgabe des Geschenkes in Dürftigkeit gerathen würde (§ 529 Abs. 2)[4]);

---

[15]) Ueber den Fall, daß die Ansprüche gleichzeitig entstanden sind, vergl. Oertmann Anm. 6 b zu § 519, Dernburg II § 208 unter III 5 b.

[16]) Es versteht sich von selbst, daß für die bereits zu Lebzeiten des Schenkers fällig gewordenen Beträge auch die Erben haften.

[1]) Die Vorschrift des § 528, welche vom Reichstag eingefügt worden ist, lehnt sich „im Grundgedanken" an die §§ 1123 ff. I 11 ALR. an, weicht aber im Einzelnen sehr wesentlich von diesen Bestimmungen ab. Nach dem preuß. Rechte ging der Anspruch des verarmten Schenkers auf Alimente, die auf 6 % der Schenkung fixiert waren, der Beschenkte konnte aber diesen Anspruch durch Herausgabe des Geschenkes abwenden. Nach BGB. ist es gerade umgekehrt.

[2]) Die Ansicht Planck's (Anm. 2 zu § 528), daß ein nach Vollziehung der Schenkung eingetretenes Unvermögen Voraussetzung der Rückforderung sei, erscheint irrig. Das Gesetz sagt: „soweit der Schenker nach Vollziehung der Schenkung außer Stande ist u. s. w." Es braucht also das Unvermögen nur nach Vollziehung der Schenkung vorhanden zu sein, gleichgültig, wann es entstanden ist. Vergl. Oertmann Anm. 2 b zu § 528, Dernburg § 208 unter IV, 2. Das Rückforderungsrecht ist also auch gegeben, wenn ein bedürftiger Schenker, etwa aus Irrthum über seine Vermögenslage, das Schenkungsversprechen erfüllt hat. Hat er aber seine Bedürftigkeit durch die Erfüllung seines Schenkungsversprechens herbeigeführt, obwohl er wußte oder ohne grobe Fahrlässigkeit wissen mußte, daß Bedürftigkeit eintreten werde, so ist die Rückforderung nach § 529 Abs. 1 ausgeschlossen.

[3]) Jedoch kommt, im Gegensatze zu § 519, seine einem unehelichen Kinde gegenüber bestehende Alimentationspflicht nicht in Betracht.

[4]) Der Begriff der Dürftigkeit ist derselbe wie im § 519.

b) wenn der Schenker seine Dürftigkeit durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt hat;

c) wenn von der Vollziehung des Geschenkes bis zum Eintritte der Dürftigkeit bereits zehn Jahre verstrichen sind.

2. Der Anspruch des Schenkers geht auf die Herausgabe des Geschenkes und zwar nach den über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung geltenden Vorschriften. Jedoch kann der Beschenkte diesen Anspruch dadurch abwenden, daß er den Betrag, der für den Unterhalt des Schenkers, seiner Verwandten, seines Ehegatten und seines früheren Ehegatten erforderlich ist, zahlt[5]). Macht der Beschenkte von diesem Rechte Gebrauch[6]), so hat er eine Geldrente und zwar immer für drei Monate im Voraus zu zahlen[7]). Konkurrieren mehrere Beschenkte, so hat der früher Beschenkte den Vorrang: der Schenker muß sich zuerst an den zuletzt Beschenkten halten und nur insoweit dieser nicht verpflichtet ist, haftet der früher Beschenkte[8]).

II. Das BGB. erkennt als Widerrufsgrund **nur den Undank** an. Aus einem anderen Grunde kann eine Schenkung nicht widerrufen werden.[9])

§ 530 Abs. 1.

1. Voraussetzung des Widerrufs ist, daß der Beschenkte[10]) sich einer schweren Verfehlung gegen den Schenker oder gegen einen nahen Angehörigen des Schenkers schuldig gemacht hat, und daß diese Verfehlung zugleich sich als grober Undank gegen den Schenker darstellt. Ein solche schwere Verfehlung kann immer nur in einer vorsätzlichen Handlung bestehen; gleichgültig jedoch ist, ob sie gegen die Person des Schenkers, seine Ehre, seine Freiheit, seine Gesundheit, oder gegen dessen Vermögen gerichtet ist.[11]) Eine Verfehlung gegen einen nahen Angehörigen

---

[5]) Diese Verpflichtung besteht natürlich nur dem Schenker gegenüber. Dessen unterhaltsberechtigte Verwandte können sich nur an den Schenker halten und eventuell dessen Anspruch gegen den Beschenkten pfänden und sich überweisen lassen. Allerdings ist nach § 852 Abs. 2 CPO. der Anspruch aus § 528 der Pfändung nur unterworfen, wenn er durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist.

[6]) Wortlaut und Sinn des Gesetzes ergeben klar, daß der Satz 3 des Abs. 1 sich nur auf den Satz 2, die Verpflichtung zur Zahlung des für den Unterhalt erforderlichen Betrags, beziehen kann, nicht, wie Planck Anm. 3 zu § 528 annimmt, auch auf Satz 1. Der prinzipale Anspruch geht auf die Herausgabe des Geschenkes nach Maßgabe des § 818. Vergl. Oertmann Anm. 3 zu § 528, Dernburg II § 208 Anm. 9.

[7]) Zur Anwendung kommen die Vorschriften des § 760; ferner für die Frage, inwieweit der Beschenkte die Rente auch für die Vergangenheit entrichten muß, der § 1613; mit dem Tode des Schenkers hört die Verpflichtung des Beschenkten, die Rente zu zahlen, in Gemäßheit des § 1615 auf, jedoch hat er subsidiär die Beerdigungskosten zu tragen. Stirbt der Beschenkte, so geht seine Verpflichtung auf seine Erben über.

[8]) Hier kommt es, anders wie bei § 519, nicht darauf an, welcher Schenkungsvertrag früher geschlossen, sondern welche Schenkung früher vollzogen worden ist. Die Haftung des früher Beschenkten ist ferner davon abhängig, daß der später Beschenkte nicht **verpflichtet** ist; seine Unbelangbarkeit begründet die Verpflichtung des früher Beschenkten nicht. Jedoch beseitigt die Zahlungsunfähigkeit nach § 529 Abs. 2 auch die Verpflichtung.

[9]) Insbesondere nicht, wie es im preuß. Rechte (ALR. I 11 §§ 1091 ff.) der Fall war, wegen Uebermaßes und wegen nachgeborener Kinder. Inwieweit ein Pflichttheilsberechtigter zur Ergänzung seines Pflichttheils eine Schenkung zurückfordern kann, ist in den §§ 2325—2331 bestimmt. Vgl. ferner § 1301 (Rückforderung von Geschenken unter Verlobten, wenn die Eheschließung unterbleibt), § 1584 (Rückforderung von Geschenken unter Eheleuten nach der Ehescheidung), § 2287 (Rückforderung von Geschenken durch den Vertragserben).

[10]) Der Undank einer anderen Person, insbesondere des Erben des Beschenkten, begründet den Widerruf nicht.

[11]) Im § 449 E. I waren die einzelnen Fälle des Undankes spezialisiert: wenn der Beschenkte dem Leben des Schenkers nachgestellt oder ihm die Freiheit zu entziehen gesucht oder sich ihm gegenüber einer vorsätzlichen körperlichen Mißhandlung oder schweren Beleidigung schuldig gemacht oder wenn er ihm einen bedeutenden Vermögensverlust vorsätzlich zugefügt

des Schenkers berechtigt diesen zum Widerrufe nur, wenn die Beziehungen des Schenkers zu diesem Angehörigen derartig innige sind, daß in der gegen den Letzteren gerichteten Handlung ein grober Undank gegen den Schenker erblickt werden kann. Hieraus ergiebt sich zugleich, daß es Thatfrage ist, wer als naher Angehöriger im Sinne des § 530 anzusehen ist; nicht auf die Nähe der Verwandtschaft allein kommt es an, sondern auf die thatsächlichen Beziehungen.[12])

§ 531. 2. Der Widerruf wird durch eine Erklärung dem Beschenkten gegenüber ausgeübt; er ist ein einseitiges, empfangsbedürftiges, an eine Form nicht gebundenes Rechtsgeschäft.[13])

3. Wenn die Voraussetzungen des Widerrufs vorliegen, so kann sowohl ein Schenkungsversprechen als eine vollzogene Schenkung widerrufen werden. Im ersteren Falle fällt die Verpflichtung, das Versprechen zu erfüllen, fort,[14]) im letzteren Falle hat der Widerruf die Wirkung, daß der Schenker den obligatorischen Anspruch auf die Herausgabe des Geschenkes als einer ungerechtfertigten Bereicherung erwirbt[15]).

§ 530 Abs. 2. 4. Das Widerrufsrecht ist passiv und in der Regel auch aktiv unvererblich; es geht auf die Erben des Schenkers nur über, wenn der Beschenkte den Schenker vorsätzlich und widerrechtlich getödtet[16]) oder am Widerrufe gehindert hat. Die durch den erfolgten Widerruf begründeten Rechte sind aktiv und passiv vererblich.

§ 532. 5. Das Widerrufsrecht erlischt ferner durch Verzeihung seitens des Schenkers[17]). Die Verzeihung ist kein Rechtsgeschäft und unterliegt daher nicht den Normen eines solchen. Es ist insbesondere nicht erforderlich, daß die Verzeihung dem Beschenkten gegenüber erklärt wird. Ist der Widerruf bereits erklärt, so können die Wirkungen dieser Erklärung nicht mehr durch Verzeihung beseitigt werden. Es ist vielmehr, wenn nur ein Schenkungsversprechen vorlag, ein neues Versprechen abzugeben, wenn die Schenkung bereits vollzogen war, ein Erlaßvertrag rücksichtlich des Rückforderungsanspruchs erforderlich[18]).

---

hat. Diese Fälle bilden die wichtigsten Beispiele einer schweren Verfehlung im Sinne des § 530.

[12]) Immerhin muß es sich nicht nur um einen Angehörigen (Verwandten oder Verschwägerten) des Schenkers, sondern auch um einen solchen handeln, der objektiv dem Schenker nahe steht. Die Verfehlung gegen einen ganz entfernten Verwandten, mag dieser auch mit dem Schenker noch so innig befreundet sein, berechtigt nicht zum Widerrufe.

[13]) Das preuß. Recht (ALR. I 11 §§ 1158, 1166, vgl. Eccius II § 122 Anm. 130) verlangte gerichtliche Form, das franz. Recht (C. c. Art. 957) Klage.

[14]) Es ist aber zu beachten, daß auch in diesem Falle der Widerruf des Schenkungsversprechens erfolgen muß. Der Undank gewährt nur ein Widerrufsrecht, nicht auch das selbständige Recht, die Erfüllung der Schenkung zu verweigern. Es ist dies besonders wichtig wegen der Präklusivfrist des § 532. Hat der Schenker diese Frist verstreichen lassen, so kann er gegen den Anspruch auf Erfüllung des Schenkungsversprechens aus dem Undanke des Beschenkten einen Einwand nicht herleiten.

[15]) Die erhöhte Haftung des Beschenkten (§ 819) tritt somit erst in dem Zeitpunkt ein, in welchem er den Widerruf erfährt, nicht schon, wenn ihm der Widerruf zugeht und erst recht nicht, wie es im preuß. Rechte (ALR. I 11 § 1167) der Fall war, in dem Zeitpunkt, in dem er sich des Undankes schuldig gemacht hat.

[16]) Hat der Schenker durch den Beschenkten nicht das Leben, sondern nur den Gebrauch seiner Verstandeskräfte verloren, so steht nicht, wie es im preuß. Rechte (ALR. I 11 § 1157) der Fall war, das Widerrufsrecht dem Erben zu, es muß vielmehr rechtzeitig von dem gesetzlichen Vertreter des Schenkers ausgeübt werden.

[17]) Die Verzeihung des Schenkers beseitigt auch das Widerrufsrecht des Erben im Falle des § 530 Abs. 2. Andererseits kann von einer Verzeihung nur durch den Schenker die Rede sein. Der widerrufsberechtigte Erbe kann nicht verzeihen (im Sinne des § 532), sondern nur verzichten (im Sinne des § 533).

[18]) Es kann aber in der Erklärung der Verzeihung zugleich die Erklärung des Erlasses liegen. Vergl. Dernburg § 209 unter III, 5a.

6. Das Widerrufsrecht ist kein Anspruch und daher der Verjährung nicht unterworfen. Es ist aber an eine Präklusivfrist von einem Jahre gebunden, welches von dem Zeitpunkt an läuft, in welchem der Berechtigte, d. h. der Schenker oder im Falle des § 530 Abs. 2 sein Erbe, von dem Eintritte der Voraussetzungen seines Rechtes Kenntniß erlangt hat. Die durch den erfolgten Widerruf begründeten Ansprüche verjähren in 30 Jahren.

7. Auch ein Verzicht auf das Widerrufsrecht ist zulässig, jedoch erst wenn der Undank dem Berechtigten bekannt geworden ist. Ein vorher erklärter Verzicht ist nichtig. Nach erfolgtem Widerruf ist zur Beseitigung der dadurch begründeten Rechte kein einseitiger Verzicht zulässig, vielmehr ein Erlaßvertrag erforderlich. § 533.

§ 151. Besondere Arten der Schenkung.

I. Die Schenkung unter einer Auflage.

1. Eine Schenkung unter einer Auflage ist dann vorhanden, wenn der Schenkung die Bestimmung beigefügt wird[1]), daß der Beschenkte zu einem gewissen Zwecke, den der Schenker mit der Schenkung beabsichtigt, eine Leistung zu bewirken hat[2]). Das Recht des Beschenkten ist, im Gegensatze zur Bedingung, nicht von dem Eintritt eines Ereignisses, nämlich der Erfüllung der Auflage, abhängig gemacht. Der Beschenkte kann daher die Erfüllung des Schenkungsversprechens ohne weitere Voraussetzung verlangen. Die Verpflichtung des Beschenkten, die Auflage zu vollziehen, ist dagegen davon abhängig, daß ihm das Geschenk wirklich zugewendet wird. Daher kann die Vollziehung der Auflage von ihm erst verlangt werden, wenn der Schenker seinerseits bereits geleistet hat. § 525.

2. Die Auflage kann nicht nur den Vortheil des Schenkers, sondern auch den des Beschenkten[3]) oder eines Dritten bezwecken. Ist letzteres der Fall, so kommen die Vorschriften über das Versprechen der Leistung an einen Dritten (§§ 328 ff.) zur Anwendung. Es ist also im Zweifel anzunehmen, daß der Dritte unmittelbar das Recht erwerben soll, auf Vollziehung der Leistung zu

[1]) Es ist darauf hinzuweisen, daß die Auflage nicht etwa eine einseitige Willenserklärung des Schenkers ist, sondern als Theil des Schenkungsvertrags der Annahme durch den Beschenkten bedarf, wie denn überhaupt für die Schenkung unter einer Auflage neben den besonderen Vorschriften der §§ 525—527 die allgemeinen Vorschriften über Schenkungen, insbesondere das Rückforderungsrecht des § 528 und das Widerrufsrecht des § 530, gelten. Ist die Auflage unwirksam, weil sie gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134) oder gegen die guten Sitten (§ 138) verstößt oder weil ihre Vollziehung unmöglich ist (§ 306), so entscheidet hinsichtlich der Wirksamkeit des ganzen Vertrags die Vorschrift des § 139. Die entgegengesetzte Auslegungsregel des § 2195, welche eine Konsequenz des Grundsatzes des § 2085 ist, kann auf die Auflage bei der Schenkung nicht angewendet werden. Abweichend Dernburg II § 210 unter I, 2.

[2]) Das BGB. giebt für die Auflage bei der Schenkung keine Begriffsbestimmung (vergl. M. II S. 299), während die durch letztwillige Verfügung angeordnete Auflage im § 1940 definiert ist: in dieser letzteren Vorschrift handelt es sich darum, die Auflage gegenüber dem Vermächtniß abzugrenzen und zum Ausdrucke zu bringen, daß durch die Auflage dem Dritten kein Recht auf die Leistung zugewendet wird. Es darf daher die Definition des § 1940 auf die Schenkung unter Auflage nicht übertragen werden. Der Unterschied zeigt sich deutlich darin, daß bei einer Schenkung unter einer Auflage zu Gunsten eines Dritten dieser Dritte ein selbständiges Klagerecht gegen den Beschenkten erlangen kann, während bei einer durch Testament verordneten Auflage zu Gunsten eines Dritten dem Dritten das Klagerecht versagt ist (§ 2194).

[3]) In diesem Falle wird es freilich oft fraglich sein, ob in der That eine Auflage oder nur eine rechtlich nicht verbindliche Empfehlung, Ermahnung vorliegt.

klagen (§ 330 S. 2); neben ihm steht das Klagerecht dem Schenker zu (§ 335). Das Recht des Schenkers, die Vollziehung der Auflage zu verlangen, geht auf seinen Erben über. Da aber dieser häufig an der Vollziehung der Auflage kein Interesse haben wird, so ist bei Auflagen, deren Vollziehung im öffentlichen Interesse liegt, außer dem Erben auch der zuständigen Behörde das Recht beigelegt, die Vollziehung der Auflage zu verlangen[4]).

§ 526. 3. Es liegt im Begriffe der Schenkung unter einer Auflage, daß der Werth der letzteren den Betrag der Zuwendung nicht übersteigen darf. Es wäre eine Unbilligkeit gegen den Beschenkten, wenn er zur Vollziehung der Auflage mehr aufwenden müßte, als er durch die Schenkung erhält. Jedoch ist dieser Gedanke nicht etwa im Gesetz allgemein dahin durchgeführt, daß der Beschenkte von der Vollziehung der Auflage immer insoweit befreit wäre, als er zu diesem Zwecke mehr aufwenden müßte, als die Schenkung beträgt[5]). Nur in dem einzigen Falle, daß der Werth der Zuwendung infolge eines physischen oder rechtlichen Mangels geringer ist als die zur Vollziehung der Auflage erforderlichen Aufwendungen, kann der Beschenkte, insoweit dies der Fall ist[6]), die Vollziehung der Auflage solange verweigern, bis die Differenz ausgeglichen wird. Hat der Beschenkte die Auflage bereits vollzogen, ohne daß er den Mangel kannte[7]), so kann er von dem Beschenkten den Ersatz der Differenz verlangen.

§ 527. 4. Erfüllt der Beschenkte seine Verpflichtung nicht, die Auflage zu vollziehen, so kann der Schenker ihn im Prozeßweg und mit den in der CPO. gegebenen Zwangsmitteln dazu anhalten. Ein Recht, die Schenkung wegen Nichterfüllung zurückzufordern, steht ihm nicht schlechthin zu. Ein solches Rückforderungsrecht ist ihm in beschränktem Umfange nur unter den Voraussetzungen gegeben, unter denen der Gläubiger bei einem gegenseitigen Vertrage zurückzutreten berechtigt ist. Das Rückforderungsrecht kann demgemäß ausgeübt werden, wenn dem Beschenkten die Vollziehung der Auflage in Folge eines Umstandes, den er zu vertreten hat[8]), unmöglich wird (§ 325 Abs. 1)[9]), ferner wenn ihm

---

[4]) In Preußen ist nach Art. 7 der Königl. Verordn. vom 16. 11. 99 (GS. S. 563) der Minister zuständig, dessen Geschäftsbereich nach dem Zwecke der Auflage betroffen wird. Er kann mit der Geltendmachung des Anspruchs eine nachgeordnete Behörde beauftragen.

[5]) Vergl. Cosack I § 140 unter 1d, Dernburg II § 210 unter I 5. Endemann I § 164 Anm. 20 stellt als Inhalt des § 526 den allgemeinen Satz auf, daß der Beschenkte bis zur Höhe der unentgeltlichen Zuwendung verpflichtet wird, die Auflage zu erfüllen. Daß § 526 diesen weitgehenden Inhalt nicht hat, ergiebt der Wortlaut. Bleibt aus einem anderen als dem im § 526 bezeichneten Grunde der Werth der Zuwendung hinter dem Werthe der Auflage zurück, so kann der Beschenkte die Erfüllung der Auflage nicht verweigern. Eine analoge Anwendung des § 526 erscheint bei seinem speziellen Inhalte nicht zulässig. Anders Oertmann Anm. 4 zu § 525. Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, daß der Beschenkte, wenn der Werth der Zuwendung hinter dem der Auflage zurückbleibt, die Annahme der Schenkung wegen Irrthums anfechten kann.

[6]) Ist die Auflage derartig beschaffen, daß sie theilweise vollzogen werden kann, so muß der Beschenkte zur theilweisen Vollziehung so viel aufwenden, als die Zuwendung werth ist.

[7]) Dem Beschenkten liegt die Beweislast dafür ob, daß er den Mangel nicht gekannt hat (A. M. Oertmann Anm. 4 zu § 526).

[8]) Zu vertreten hat der Beschenkte, da für ihn keine Sondervorschrift gilt, nach § 276 jede Fahrlässigkeit (vergl. Planck Anm. 2a zu § 527).

[9]) Es folgt hieraus gleichzeitig, daß dann, wenn die Vollziehung der Auflage dem Beschenkten durch einen von ihm nicht zu vertretenden Umstand unmöglich wird — sei es, daß diese Unmöglichkeit auf Zufall oder auf einem vom Schenker zu vertretenden Umstande beruht — der Beschenkte die Zuwendung in vollem Umfange behält. Vgl. Leske S. 224 Anm. 7.

nach der rechtskräftigen Verurtheilung zur Vollziehung der Auflage oder nachdem er mit der Vollziehung in Verzug gekommen ist, eine angemessene Frist bestimmt wird und die Vollziehung nicht bis zum Ablaufe der Frist erfolgt (§§ 325 Abs. 2, 326 Abs. 1), endlich wenn er mit der Vollziehung im Verzug ist und die Vollziehung in Folge des Verzugs für den Schenker kein Interesse hat (§ 326 Abs. 2). Das unter diesen Voraussetzungen gegebene Recht, das Geschenk zurückzuforderen, ist in doppelter Beziehung beschränkt: der Schenker kann nur soviel zurückfordern, als zur Vollziehung der Schenkung hätte verwendet werden müssen[10]) und nur nach den Grundsätzen über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung. Ist ein Dritter berechtigt, die Vollziehung der Auflage zu verlangen[11]), so ist das Rückforderungsrecht überhaupt ausgeschlossen, und zwar ist dies auch dann der Fall, wenn neben dem Dritten der Schenker klageberechtigt ist[12]).

§ 534. II. Eine besondere Art der Schenkung ist ferner diejenige, durch welche einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird. Zu diesen Schenkungen werden regelmäßig die belohnenden Schenkungen mindestens insoweit gehören, als Zuwendung und Dienst nicht in einem auffallenden Mißverhältnisse zu einander stehen, denn es ist eine sittliche Pflicht, einen erwiesenen Dienst auch dann zu belohnen, wenn eine Rechtspflicht zu einer Entgeltung nicht vorliegt[13]). Für diese Schenkungen gilt die Sonderbestimmung, daß sie weder der Rückforderung wegen Verarmung des Schenkers noch dem Widerrufe wegen Undankes unterliegen[14]). Im Uebrigen gelten auch für sie die allgemeinen Grundsätze, insbesondere rücksichtlich der Form des Versprechens und der Einrede der Bedürftigkeit aus § 519[15]).

Vierzehnter Titel.

Miethe.

§ 152. Begriff und Erfordernisse der Miethe.

§ 535. I. Der Miethvertrag ist der gegenseitige Vertrag, durch welchen der Vermiether sich verpflichtet, dem Miether den Gebrauch einer Sache während einer

[10]) Erfordert die Vollziehung der Auflage keine Vermögensaufwendung, so kann ein Rückforderungsrecht auf § 527 nicht gegründet werden. (Vgl. Cosack I § 140 unter 1 g, Planck Anm. 4 zu § 527.) Es empfiehlt sich daher, bei solchen Auflagen besondere Verabredungen über die Folgen der Nichterfüllung zu treffen.

[11]) s. oben im Texte unter 2 S. 539.

[12]) In diesem Falle kann also der Schenker zwar auf Leistung an den Dritten klagen und das Urtheil vollstrecken, aber das Geschenk nicht zurückfordern.

[13]) Fernere Schenkungen dieser Art sind Geburtstags-, Hochzeits-, Weihnachtsgeschenke, Trinkgelder, Geschenke bei Gelegenheit von Reisen und ähnliche.

[14]) Weitere Sonderbestimmungen über diese Schenkungen finden sich in den §§ 1446, 1641, 1804, 2113, 2205, 2330.

[15]) Als besondere Art der Schenkung kommt ferner im BGB. die Schenkung von Todeswegen vor (§ 2301). — Auf die Schenkung eines ganzen Vermögens kommen die §§ 310, 311, 419 zur Anwendung. Ueber die Schenkung einer Erbschaft vgl. § 2385 Abs. 2. — Inwieweit die Ausstattung als Schenkung gilt, ist im § 1624 bestimmt. — Ueber Schenkungen an juristische Personen und an Mitglieder religiöser Orden vgl. Art. 86, 87 EG. und für Preußen AG. zum BGB. Art. 6 und die Erläuterungen bei Stranz-Gerhard, Das preuß. Ausf. G. S. 58 ff. — Schenkungen unter Ehegatten sind im BGB. keiner Einschränkung unterworfen.

bestimmten Zeit zu gewähren, der Miether sich verpflichtet, dagegen dem Vermiether einen Miethzins zu entrichten.

1. Den Gegenstand des Miethvertrags können nur Sachen bilden. Der Vertrag, durch welchen der Gebrauch eines Rechtes gegen eine Gegenleistung gewährt wird, ist kein Mieth-, sondern ein Pachtvertrag[1]).

2. Da die Gewährung des Gebrauchs das Wesen des Miethvertrags ausmacht, so können nur solche Sachen vermiethet werden, welche einen Gebrauch gestatten, ohne daß sie dadurch zugleich verbraucht werden. Verbrauchbare Sachen (§ 92) können in der Regel nicht den Gegenstand eines Miethvertrags bilden[2]). Abgesehen hiervon können alle Sachen, sowohl bewegliche wie unbewegliche, vermiethet werden. Von besonderer Wichtigkeit ist die Miethe von **§ 580.** Grundstücken, die im Gesetz eine eingehende Regelung erfahren hat. Die für die Miethe von Grundstücken gegebenen Vorschriften[3]) gelten auch für die Miethe von Wohnräumen und anderen Räumen, z. B. Lagerkellern, Läden, Fabrikräumen, Stallungen u. s. w.[4])

3. Den Gebrauch einer Sache überlassen kann nicht nur der Eigenthümer[5]), sondern Jeder, dem der Gebrauch der Sache zusteht[6]), insbesondere der Nießbraucher, der Ehemann und der Inhaber der elterlichen Gewalt kraft ihrer Nutznießung, ferner der Vorerbe. Solche Berechtigte können den Miethvertrag begrifflich auf keine längere Zeit abschließen, als ihr eigenes Recht dauert. Zum Schutze des Miethers ist jedoch bestimmt, daß sein Recht nicht von selbst mit dem Augenblicke wegfällt, in welchem das Recht des Vermiethers aufhört, es ist vielmehr dem neu eintretenden Berechtigten nur ein Kündigungsrecht gegeben (§§ 1056, 1423, 1663, 2135). — Miether einer Sache kann jeder sein, dem das Recht

---

[1]) Diese Unterscheidung, welche ihren Grund darin hat, „daß dadurch das Gesetz sich einfacher gestaltet" (M. II S. 369), und welche auch in sich begründet erscheint, da der Gebrauch eines Rechtes regelmäßig in dem Genusse der juristischen Früchte bestehen wird, ist jedoch von geringer praktischer Bedeutung, denn von den für den Pachtvertrag gegebenen Sonderbestimmungen kommen auf die Pacht von Rechten nur die §§ 595—597 zur Anwendung, während im Uebrigen die Vorschriften über die Miethe Anwendung finden (§ 581 Abs. 2). Vgl. Endemann I § 167 Anm. 11.

[2]) Anders liegt die Sache, wenn eine an sich verbrauchbare Sache nicht zum Verbrauche, sondern zu einem bestimmten Gebrauche hingegeben wird, mit der Verpflichtung, dieselbe Sache zurückzugeben. Auf diese Weise können sogar Geldstücke, Banknoten vermiethet werden. Vgl. RG. Bd. 13 S. 127 ff., St.Arch. Bd. 80 S. 232, Mittelstein, die Miethe nach dem Rechte des deutschen Reiches (Berlin 1900, Franz Vahlen) S. 9.

[3]) Es sind dies die §§ 537 Abs. 2 S. 2, 551 Abs. 2, 556 Abs. 2, 559—563, 565, 566, 571—579. Ein spezielleres Anwendungsgebiet hat § 544: er handelt nur von der Miethe von Räumen, die zum Aufenthalte von Menschen bestimmt sind. Auf ihn bezieht sich daher die Verweisung des § 580 nicht. Dagegen bezieht sich § 570 wieder auf Räume aller Art.

[4]) Aber nur Räume in unbeweglichen Sachen sind gemeint, nicht auch solche in beweglichen, z. B. in Schiffen oder in Wagen, denn die für Grundstücke gegebenen besonderen Vorschriften passen nicht für Mobilien. Vgl. Mittelstein S. 11, 12, Oertmann Anm. 2 zu § 580, Dernburg II § 215 unter II. A.M. Cosack I § 134 unter II 1, Neumann Anm. 2 zu § 580. Die Vermiethung eines Grundstücks im Sinne des Gesetzes liegt aber andererseits auch dann vor, wenn nur die Fläche oder ein Flächentheil eines Immobiliarqualität tragenden Gebäudes, z. B. zur Anbringung eines Schaukastens, eines Schildes, einer Reklame vermiethet wird. Es ist dies besonders wegen der Anwendung der §§ 571 ff. von Wichtigkeit.

[5]) Es ist selbstverständlich, daß auch eine von einem Unbefugten vorgenommene Vermiethung einen durchaus gültigen Vertrag unter den Parteien darstellt, gerade so wie der Verkauf einer fremden Sache. Der Vermiether muß erfüllen oder Schadensersatz leisten. Hier handelt es sich um die andere Frage, inwieweit eine Vermiethung durch den Nichteigenthümer den Eigenthümer bindet.

[6]) Für den Miether gilt die besondere Bestimmung des § 549.

zum Gebrauche der Sache nicht zusteht, es kann also auch der Eigenthümer seine eigene Sache, z. B. vom Nießbraucher oder vom Miether, miethen [7]).

4. Durch den Miethvertrag kann für den Miether nur ein zeitlich begrenztes Gebrauchsrecht begründet werden. Es muß eine Miethzeit entweder bestimmt oder mindestens bestimmbar sein (§ 564). Es ist daher nicht zulässig, einen Miethvertrag auf unbestimmte Zeit mit Ausschluß des Kündigungsrechts (§ 564 Abs. 2) abzuschließen. Der Begründung von Miethverhältnissen von allzulanger Dauer tritt das Gesetz durch die positive Vorschrift entgegen, daß ein Miethvertrag, der für eine längere Zeit als dreißig Jahre geschlossen ist, nach Ablauf von dreißig Jahren von jedem Theile unter Einhaltung der im § 565 bezeichneten gesetzlichen Frist gekündigt werden kann. Da diese Vorschrift im öffentlichen Interesse gegeben ist, kann dieses Kündigungsrecht durch Parteivereinbarung nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden. Das Kündigungsrecht des § 567 ist nur dann nicht gegeben, wenn der Miethvertrag auf die Lebenszeit des Vermiethers oder des Miethers geschlossen ist. Ist der Vertrag für einen anderen Zeitraum von unbestimmter Dauer mit Ausschluß des Kündigungsrechts geschlossen, so ist die Kündigung nach Ablauf von dreißig Jahren zulässig [8]). **§ 567.**

5. Durch das Erforderniß der Vereinbarung [9]) eines Miethzinses unterscheidet sich die Miethe von der Leihe (§ 598). Im Gegensatze zum Kaufe braucht der Miethzins nicht nothwendig in Geld zu bestehen [10]), es können vielmehr auch Leistungen anderer Art die Gegenleistung bilden [11]). Nach der Lage des einzelnen Falles wird zu entscheiden sein, ob der Vertrag durch die Art der Gegenleistung zu einem Vertrag anderer Art wird. Es wird dies insbesondere dann anzunehmen sein, wenn nicht die Gebrauchsüberlassung sich als das Wesentliche des Vertrags, vielmehr als die Gegenleistung gegen die Leistung des anderen Theiles darstellt [12]). Immerhin werden aber auch in einem

---

[7]) Es ist auch denkbar, daß der Eigenthümer seine eigene Sache deswegen miethet, weil er nur thatsächlich den Gebrauch seiner Sache nicht erlangen kann, z. B. wegen eines Streites um das Eigenthum. Insoweit er in diesem Falle von dem Eigenthumsprätendenten die von diesem gezogenen Nutzungen herausverlangen kann, kann er auch den Miethzins, den er selbst entrichtet hat, zurückverlangen. Vgl. M. II S. 371, 372.

[8]) Wenn z. B. ein Beamter eine Wohnung bis zu dem Zeitpunkte miethet, in welchem er nach einem anderen Orte versetzt wird, so würde, wenn innerhalb eines Zeitraums von 30 Jahren eine Versetzung nicht stattgefunden hat, das Kündigungsrecht des § 567 Platz greifen.

[9]) Ueber den Begriff „vereinbarter“ Miethpreis vgl. oben § 128 unter III 2; für den Fall, daß der Miethzins nicht bestimmt ist, gilt dasselbe wie beim Kaufpreis (oben § 128 unter III, 3).

[10]) Anders im preußischen Rechte, wo der Miethzins in Geld bestehen mußte (ALR. I 21 §§ 258, 262, 263; s. jedoch Eccius II §§ 136 Anm. 41).

[11]) Jedoch gehen auch die Vorschriften des BGB. offenbar von dem Regelfalle aus, daß der Miethzins in Geld bestimmt ist. Es ergiebt sich dies z. B. aus der Verweisung im § 537 auf die §§ 472, 473, wodurch bestimmt wird, wie der Miethzins zu mindern ist, wenn er in Geld bestimmt ist oder wenn neben Geld Leistungen anderer Art bedungen sind. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, daß es beim Kaufe heißt, der Käufer ist verpflichtet, den Kaufpreis zu „zahlen“ (§ 433 Abs. 2), während der Miether verpflichtet ist, den Miethzins zu „entrichten“. Entrichten ist ein weiterer Begriff als zahlen und bezieht sich auch auf andere Leistungen als Geld. Vgl. Mittelstein S. 12 unter 7.

[12]) Dies ist z. B. bei dem sog. Portiervertrage der Fall. Bei einem solchen Vertrage handelt es sich für den Hauseigenthümer in der Regel nicht sowohl darum, eine Wohnung zu vermiethen, als Jemanden zu verpflichten, der ihm Portierdienste leistet. Diese Dienste verschafft sich der Vermiether gegen Ueberlassung einer Wohnung: es liegt Dienstvertrag, nicht Miethe vor. Es kann der Fall aber auch so liegen, daß der Miether sich außer zur Entrichtung eines — niedriger bemessenen — Miethzinses zur Leistung von Portierdiensten verpflichtet. Dann wird, je nach der Lage des Falles, bald nur Miethe, bald ein aus Miethe und Dienstvertrag gemischtes Vertragsverhältniß anzunehmen sein. Vgl. Endemann I § 167 Anm. 9.

solchen Falle auf die Verpflichtungen des zur Gebrauchsgewährung Verpflichteten die für den Vermiether geltenden Vorschriften anzuwenden sein.

§ 566. II. Der Miethvertrag ist im Allgemeinen einer Formvorschrift nicht unterworfen[13]. Eine Ausnahme gilt nur für den Miethvertrag über ein Grundstück (und über Wohnräume und andere Räume, § 580), wenn der Vertrag für längere Zeit als ein Jahr geschlossen wird. Der Vertrag bedarf in diesem Falle der schriftlichen Form[14]. Die Nichtbeobachtung dieser Vorschrift hat jedoch nicht, der Regel des § 125 S. 1 entsprechend, die Nichtigkeit des Vertrags zur Folge[15], unwirksam ist vielmehr nur die Vereinbarung der Dauer. Der Vertrag erzeugt alle Wirkungen eines gültigen Miethvertrags, er gilt aber als für unbestimmte Zeit geschlossen, so daß er von jedem Theile mit den im § 565 Abs. 1 vorgeschriebenen Fristen gekündigt werden kann. Diese Kündigung ist jedoch frühestens zum Schlusse des ersten Jahres zulässig[16] [17].

III. Sind neben einem Miethvertrage, welcher nach § 566 schriftlich abgeschlossen werden muß und auch abgeschlossen worden ist, mündlich Nebenabreden getroffen worden, so ist zu unterscheiden, ob nach Lage des Falles diese Nebenabreden für die Parteien von solcher Bedeutung sind, daß anzunehmen ist, daß ohne sie der Miethvertrag überhaupt nicht zu Stande gekommen wäre, oder ob diese mündlichen Abreden von so nebensächlicher Bedeutung sind, daß anzunehmen ist, die Parteien hätten den Vertrag auch ohne diese Abreden geschlossen. Im ersteren Falle liegt in Wirklichkeit ein schriftlicher Miethvertrag, der die wesentlichen Vereinbarungen der Parteien wiedergiebt, nicht vor. Es tritt somit die Folge des § 566 ein: der Miethvertrag, einschließlich der mündlichen Nebenabreden, gilt als für unbestimmte Zeit geschlossen. Im anderen Falle ist die vom Gesetze verlangte Form gewahrt, der Vertrag gilt für die vereinbarte Miethzeit und die mündlichen Nebenabreden sind wirksam[18]. Die-

---

[13]) Haben die Parteien in einem Falle, in dem nach § 566 Schriftform nicht nothwendig ist, die schriftliche Abfassung vereinbart, so kommt nicht § 566, sondern § 154 Abs. 2 zur Anwendung.

[14]) Da es sich um einen Fall der durch Gesetz vorgeschriebenen Form handelt, so sind die Vorschriften des § 126 zu befolgen. Vgl. hierüber oben § 41 unter III (S. 157 ff.).

[15]) Die Aufhebung auch eines schriftlich geschlossenen Miethvertrags kann mündlich vereinbart werden. Vgl. oben § 41 Anm. 36.

[16]) Das Vorbild für diese von der zweiten Kommission aufgenommene Vorschrift (vergl. Prot. II S. 155, 156, 178) war der § 269 ALR. I 21. Es ist aber zu beachten, daß die Vorschrift des BGB. in wesentlichen Punkten von der des früheren preußischen Rechtes abweicht: Während nach letzterem der formlose Vertrag nur dann auf ein Jahr gültig war, wenn die Uebergabe vollzogen worden, ohne diese also kein Theil auf Erfüllung des Vertrags klagen konnte, tritt nach dem BGB. die beschränkte Wirksamkeit unmittelbar mit dem Abschlusse des mündlichen Vertrags ein. Nach ALR. endete ferner das Miethverhältniß schlechthin mit dem Ablauf eines Jahres, nach BGB. bedarf es der Kündigung.

[17]) Beginnt z. B. das Miethjahr am 1. Mai, so ist die Kündigung nach § 565 Abs. 1 S. 1 in Verbindung mit § 566 Abs. 1 S. 2 frühestens zum 30. Juni des folgenden Jahres zulässig.

[18]) Diese Entscheidung stützt sich auf folgende Gründe: a) Es ist zunächst davon auszugehen, daß das gesetzliche Formerforderniß sich auf alle Abmachungen der Parteien, also auch auf Nebenpunkte erstreckt. Die Ansicht Mittelsteins (Seite 71 unter 3): daß der § 566 nur verlange, daß „der Miethvertrag" schriftlich geschlossen sei, daß dem genügt sei, wenn die wesentlichen Punkte schriftlich festgelegt sind, daß, soweit es sich nicht um Essentialien handelt, die prinzipielle Zulässigkeit mündlicher Nebenabreden anerkannt werden müsse, kann nicht gebilligt werden. Was wesentlich ist, kann nicht objektiv festgestellt werden, sondern ist subjektiv nach dem Willen der Parteien zu beurtheilen. Wenn der Miether beim Abschlusse des Miethvertrags dem Vermiether erklärt, daß er eine so große Wohnung für sich allein nicht brauchen könne, daß er das Recht haben müsse, Theile der Wohnung anderweit zu vermiethen, und der Vermiether ihm dies bewilligt, so ist dieses Recht

selbe Unterscheidung greift in dem Falle Platz, daß ein der Formvorschrift des § 566 unterliegender schriftlich geschlossener Miethvertrag durch mündliche Abmachungen abgeändert wird. Betrifft die Abänderung einen nach dem Willen der Parteien wesentlichen Punkt, so liegt nur noch ein mündlicher Miethvertrag vor, dessen Geltung sich nach der Vorschrift des § 566 richtet; betrifft die mündliche Aenderung nur etwas Unwesentliches und Nebensächliches, so wird die Fortgeltung des schriftlichen Vertrags durch die mündliche Aenderung, die ihrerseits wirksam ist, nicht berührt.

IV. Ein von dem Inhaber der elterlichen Gewalt für das Kind[19]) sowie ein von dem Vormunde für den minderjährigen Mündel geschlossener Miethvertrag bedarf, gleichgültig, ob der Vertretene Miether oder Vermiether ist, und gleichgültig, ob es sich um die Miethe beweglicher oder unbeweglicher Sachen handelt, der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts dann, wenn das Miethverhältniß länger als ein Jahr nach der Vollendung des einundzwanzigsten Lebensjahrs dauern soll (§§ 1643 Abs. 1, 1686, 1822, N. 5). Eine etwaige Volljährigkeitserklärung kommt nicht in Betracht. Da es bei der Vormundschaft über Volljährige keinen solchen festen Endtermin giebt, ist für diesen Fall die Vorschrift durch die Bestimmung ersetzt, daß zu dem Miethvertrage die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts dann erforderlich ist, wenn das Miethverhältniß länger als vier Jahre dauern soll (§ 1902 Abs. 2).

§ 153. Die Verpflichtungen des Vermiethers.

1. Durch den Miethvertrag wird für den Vermiether die Pflicht begründet, dem Miether den Gebrauch der Sache zu gewähren und zwar während **§ 535, 536.**

zur Aftermiethe für den Miether ein wesentlicher Theil des Miethvertrags, er hätte ohne dieses Recht überhaupt nicht gemiethet. b) Im Allgemeinen gilt der Grundsatz, daß Nebenabreden, die der im Gesetze vorgeschriebenen Form ermangeln, nichtig sind (§ 125), und daß nach § 139 zu entscheiden ist, inwieweit hierdurch die Nichtigkeit des ganzen Vertrags herbeigeführt wird. Vgl. oben § 41 unter V S. 168. Dieser Grundsatz kann aber nicht gelten, wenn ausnahmsweise die Verletzung der gesetzlichen Form nicht mit der Strafe der Nichtigkeit bedroht ist. So ist es im Falle des § 566. Da der gegen das Gesetz mündlich geschlossene Vertrag nicht nichtig, sondern mit zeitlicher Beschränkung gültig ist, so kann nicht, wenn der Vertrag formgerecht geschlossen ist, eine mündliche Nebenabrede nichtig sein und etwa gar die Nichtigkeit des ganzen Vertrags herbeiführen! c) Es muß somit auch rücksichtlich der Nebenabreden die Entscheidung nicht aus den §§ 125, 139, sondern aus § 566 gefunden werden. Wäre ohne die Nebenabrede der Vertrag nicht geschlossen worden, so liegt nur ein mündlicher Vertrag vor (vergl. RG. Bd. 40 S. 256: „ein nur theilweise in die Schriftform gebrachter Vertrag kann nur als mündlicher in Betracht kommen"). d) Ist dagegen der Inhalt der Nebenabrede etwas nach dem Willen der Parteien Unwesentliches (es wird z. B. vereinbart, daß der Miether keinen Hund halten darf, und es ist anzunehmen, daß der Miethvertrag auch geschlossen worden wäre, wenn der Miether auf diese Bedingung nicht eingegangen wäre), so ist zunächst so viel klar, daß die Gültigkeit des Hauptvertrags durch eine solche Abrede nicht berührt wird, denn das, was für die Parteien wesentlich ist, ist schriftlich fixiert. Die Unwirksamkeit der Nebenabrede aber anzunehmen, dafür bietet das Gesetz keinen Anhalt. Die Vorschrift des § 125 S. 1 kann hierzu nicht verwerthet werden, denn diese Vorschrift gilt, wie gezeigt, für den Miethvertrag überhaupt nicht. — Die Beweislast dafür, daß neben dem schriftlichen Vertrage mündliche Abreden getroffen worden sind, und ferner dafür, daß ohne diese Abreden der ganze Vertrag nicht geschlossen worden wäre, trifft den, der dies behauptet und daraus Rechte herleitet.

[19]) Der Unterschied zwischen dem § 1643 Abs. 1 (in Verbindung mit § 1822 Ziffer 5) und dem § 1663 ist der, daß es sich im ersteren Falle um einen von dem Vater kraft seiner gesetzlichen Vertretung im Namen des Kindes geschlossenen Vertrag, im letzteren Falle um eine Vermiethung handelt, die der Vater kraft seiner Nutznießung im eigenen Namen vorgenommen hat.

der ganzen Miethzeit. Zur Erfüllung dieser Pflicht gehört es, daß der Vermiether positiv alle diejenigen Handlungen vornimmt[1]), welche im einzelnen Falle zur Gebrauchsgewährung erforderlich sind. Hierzu wird in der Regel auch die Uebergabe der Sache zum Zwecke des Gebrauchs gehören, es sei denn, daß nach dem Inhalte des Vertrags die Sache im Besitze des Vermiethers verbleiben soll[2]). Aus der Gebrauchsgewährungspflicht folgt weiter, daß der Vermiether nicht nur selbst sich jeder Handlung, die eine Entziehung oder Störung des Gebrauchs zur Folge haben würde, zu enthalten hat[3]), sondern auch verpflichtet ist, derartige Handlungen Dritter abzuwehren, und zwar auch dann, wenn der Miether selbst dazu in der Lage wäre. Der Miether kann in der Regel nicht für verpflichtet erachtet werden, die ihm als Besitzer zustehenden Ansprüche (§§ 861, 862) geltend zu machen,[4]) wohl aber ist er verpflichtet, dem Vermiether von derartigen Gebrauchsstörungen Anzeige zu machen (vgl. § 545), damit der Vermiether die auch ihm als mittelbarem Besitzer zustehenden Ansprüche (§ 869) geltend machen kann. Soweit durch die Seitens eines Dritten verübte Störung dem Miether der Gebrauch der Sache entzogen worden ist, liegt für den Vermiether eine Unmöglichkeit der Erfüllung seiner Gebrauchsgewährungspflicht vor. Die Folgen, insbesondere die Frage, inwieweit der Miether trotzdem zur Zahlung des Miethzinses verpflichtet ist, sind daher in Gemäßheit der §§ 323—325 danach zu entscheiden, wer den Umstand, der die Unmöglichkeit herbeigeführt hat, zu vertreten hat.[5])

2. Die Gebrauchsgewährungspflicht des Vermiethers schließt die Verpflichtung in sich, dem Miether dafür aufzukommen, daß die vermiethete Sache sich in einem solchen Zustande befindet, daß der Miether den vertragsmäßigen Gebrauch von ihr machen kann. Der Vermiether haftet dem Miether daher

---

[1]) Das Wort „gewähren" ist im § 535 absichtlich gewählt, um dadurch die Verpflichtung des Vermiethers zu einer positiven Thätigkeit schärfer zum Ausdrucke zu bringen, als es durch den Ausdruck „überlassen" (vgl. § 536, ALR. I 21 § 259) geschehen wäre. M. II. S. 369. Vergl. im Gegens. dazu bei der Leihe (§ 598): „den Gebrauch zu gestatten."

[2]) Wenn z. B. Jemand ein Reitpferd miethet, so hängt es von dem Inhalte des Vertrags ab, ob das Pferd dem Miether für die ganze Miethsdauer zu übergeben ist oder ob es im Besitze des Vermiethers bleiben und dem Miether nur für bestimmte Stunden zur Verfügung zu halten ist. Ebenso bei der Vermiethung von Fuhrwerk, eines Saales, um zu gewissen Stunden Vorträge in ihm zu halten, eines Theaters zu einer Anzahl von Vorstellungen u. s. w.

[3]) So darf er insbesondere nicht bauliche Veränderungen vornehmen, die den Gebrauch des Miethers beeinträchtigen (Vergl. Str. Arch. Bd. 72 S. 254), es sei denn, daß es sich um nothwendige Reparaturen handelt (Vergl. unten § 160 Anm. 16).

[4]) Dies wird man insbesondere dann annehmen, wenn die Abwehr mit Mühe und Kosten verbunden ist. Andererseits darf der Miether nach den Grundsätzen von Treu und Glauben und in Folge der ihm nach § 556 obliegenden Restitutionspflicht Störungen und Entziehungen, zu deren Verhinderung er ohne Weiteres in der Lage ist, nicht dulden Thut er es dennoch, so hat er es zu vertreten, daß ihm der Gebrauch nicht gewährt werden kann. (Vgl. die folgende Anm.)

[5]) A. hat dem B. ein Reitpferd gegen einen monatlichen Miethzins von 60 M. vermiethet. Das Pferd wird dem B. gestohlen; nach 6 Tagen wird der Dieb ermittelt und B. erhält das Pferd zurück. Für die 6 Tage ist die dem A. obliegende Leistung, das Pferd dem B. zu gewähren, unmöglich geworden. Trifft den B. an dem Diebstahle kein Verschulden, so braucht er für die 6 Tage keinen Miethzins zu zahlen (§ 323). Trifft den B. ein Verschulden, so muß er nach § 324 den Miethzins — ev. unter der daselbst vorgeschriebenen Ermäßigung — entrichten. Hat B. dem A. den Diebstahl sofort angezeigt, A. aber nichts zur Wiedererlangung des Pferdes gethan und wäre, falls A. die ihm obliegenden Sorgfalt aufgewendet hätte, B. schon nach 2 Tagen wieder in den Besitz des Pferdes gelangt, so würde für die übrigen 4 Tage § 325 Platz greifen.

vor allem dafür, daß die Sache die zugesicherten Eigenschaften[6]) hat (vgl. § 537 Abs. 2). Zu diesen gehört bei der Vermiethung eines Grundstücks (und ebenso von Räumen aller Art, § 580) die bestimmte Größe, welche der Vermiether dem Miether zugesichert hat.[7]) Außer für die zugesicherten Eigenschaften haftet der Vermiether für diejenigen, welche der vertragsmäßige Gebrauch erfordert. Zu welchem Gebrauche die Sache vermiethet worden ist, ist nach dem Inhalte des Vertrags festzustellen;[8]) welche Eigenschaften die Sache haben muß, damit sie zu diesem vertragsmäßigen Gebrauche geeignet ist, entscheidet in Ermangelung besonderer Abreden vor allem die Verkehrssitte.[9])

3. In diesem vertragsmäßigen Zustande muß der Vermiether dem Miether die Sache zunächst überlassen, d. h. er hat dafür aufzukommen, daß die Sache sich beim Beginne der Miethzeit in diesem Zustande befinde, soweit nicht nach der Lage des Falles als stillschweigend vereinbart anzunehmen ist, daß dem Vermiether noch eine angemessene Frist zur Erfüllung dieser Pflicht verstattet sein soll[10]).

4. Endlich ist aber der Vermiether auch verpflichtet, die Sache während der ganzen Miethzeit in diesem vertragsmäßigen Zustande zu erhalten. Er muß demgemäß alle Reparaturen, die zu diesem Zwecke erforderlich sind, auf seine Kosten vornehmen, es sei denn, daß die Reparaturbedürftigkeit die Folge eines vom Miether zu vertretenden Umstandes ist[11]) oder daß entgegengesetzte Vereinbarungen ausdrücklich oder stillschweigend getroffen worden sind[12]). Geht die vermiethete Sache in Folge eines vom Vermiether nicht zu vertretenden Um-

---

[6]) Der Begriff der zugesicherten Eigenschaften ist derselbe, wie beim Kaufe; s. oben § 134 unter II, 1 (S. 493).

[7]) Diese Vorschrift des § 537 Abs. 2 korrespondiert mit der des § 468. S. über diesen oben § 140 unter 4 (S. 513).

[8]) Wenn im § 536 nur von dem vertragsmäßigen Gebrauche die Rede ist und nicht, wie beim Kaufe (§ 459), daneben der gewöhnliche Gebrauch erwähnt wird, so hat dies seinen Grund darin, daß die Sachen einen mehrfachen Gebrauch zulassen, — es können z. B. Räume zum Wohnen, zu einem bestimmten Geschäftsbetriebe, zur Lagerung von Sachen, zum Halten von Vorträgen, zur Veranstaltung einer Festlichkeit u. s. w. vermiethet werden, — und bei der Miethe in der Regel zu einem bestimmten Gebrauch überlassen werden (vgl. M. II S. 373). Um festzustellen, welche Eigenschaften die vermiethete Sache haben müsse, muß also immer die Vorfrage entschieden werden, zu welchem Gebrauche sie vermiethet worden ist. Läßt die Sache nur einen Gebrauch zu, so ist dieser der vertragsmäßige; soll der Miether das Recht zu jedem Gebrauche haben, den die Sache gestattet, so ist die Summe dieser Gebrauchsrechte der vertragsmäßige Gebrauch.

[9]) Bei der Vermiethung von Wohnräumen genügt es nicht, daß die Räume zum Wohnen geeignet sind, es muß vielmehr die Frage, wie die Räume beschaffen und welche Einrichtungen zur Bequemlichkeit und Sicherheit des Miethers vorhanden sein müssen, nach demjenigen entschieden werden, was mit Rücksicht auf die Größe und die Lage der Wohnung, die Höhe des Miethzinses u. s. w. üblich ist. Vgl. RG. Bd. 33 S. 227.

[10]) Dies wird z. B. der Fall sein, wenn Jemand eine Wohnung miethet, von der er weiß, daß sie bis zum Beginne der Miethzeit anderweitig vermiethet ist.

[11]) In dieser Beziehung ist von besonderer Wichtigkeit die Vorschrift des § 548. Wird in Folge des ordnungsmäßigen Gebrauchs die Sache verschlechtert und zwar derart, daß sie sich nicht mehr im vertragsmäßigen Zustande befindet (§ 536), so liegt die Reparaturpflicht dem Vermiether ob.

[12]) Durch Vertrag wird die Reparaturpflicht bald allgemein, bald in bestimmtem Umfange dem Miether auferlegt. Daß derartige Abmachungen zulässig sind, kann nicht bezweifelt werden. Da sie sich aber als Ausnahmen von der gesetzlichen Regel darstellen, so müssen sie strikt interpretiert und in zweifelhaften Fällen zu Gunsten des Miethers ausgelegt werden. Der Miether hat in Abweichung von dem Gesetze nur diejenigen Reparaturen zu tragen, die er klar und deutlich übernommen hat. Auf Ortsgebrauch (stillschweigende Abreden) kann sich daher der Vermiether nur berufen, wenn dieser Gebrauch dem Miether beim Vertragsabschlusse bekannt war. Vgl. auch Endemann I § 168 Anm. 2.

standes gänzlich unter, so liegt dem Vermiether eine Wiederherstellungspflicht nicht ob, er wird vielmehr von der Verpflichtung zur Leistung frei und verliert den Anspruch auf die Gegenleistung (§§ 323, 275)[13].

§ 540. 5. Die Verpflichtung des Vermiethers, die Mängel der vermietheten Sache zu vertreten, unterliegt der freien Vereinbarung der Parteien; die Haftung kann erweitert, aber auch erlassen und beschränkt werden. Im letzteren Falle haftet der Vermiether dennoch, wenn er den Mangel arglistig verschwiegen hat[14].

§ 546. 6. Alle auf der vermietheten Sache ruhenden Lasten, sowohl die öffentlichen Steuern, Abgaben jeder Art, wie die privaten (Hypothekenzinsen u. s. w.) hat der Vermiether zu tragen, soweit nicht abweichende Vereinbarungen zwischen den Parteien getroffen sind[15]. Lasten, die dem Miether als solchem auferlegt sind, hat der Miether zu tragen[16].

§ 547. 7. Der Vermiether ist endlich verpflichtet, die vom Miether auf die Sache gemachten Verwendungen zu ersetzen. Es ist hierbei zwischen nothwendigen und anderen Verwendungen zu unterscheiden. Verwendungen, die zur Erhaltung der Sache nothwendig waren, hat der Vermiether schlechthin zu ersetzen, denn da die Gefahr des zufälligen Unterganges und der zufälligen Verschlechterung der Sache den Vermiether trifft, so ist der Miether gewissermaßen vom Vermiether beauftragt, für die Erhaltung der Sache zu sorgen[17]. Die Ersatzpflicht des Vermiethers fällt in Folge dessen insoweit fort, als der Miether vertraglich auf eigene Kosten für die Erhaltung der Sache zu sorgen hat. Eine stillschweigende Uebernahme der Unterhaltungspflicht nimmt das Gesetz rücksichtlich der Fütterung eines Thieres an. Diese Kosten hat, wenn nichts Anderes vereinbart ist, der

---

[13]) Es erscheint nicht ganz leicht, den § 536 mit dem § 323 zu vereinigen. Ist der Vermiether verpflichtet, die ohne sein Verschulden ganz oder theilweise untergegangene Sache wiederherzustellen oder kann er sich auf die nach den §§ 323, 275 eingetretene Befreiung berufen? Vermiethet ist eine bestimmte Sache und der Vermiether hat die Pflicht, „die vermiethete Sache" (§ 536), d. h. diese konkrete Sache im vertragsmäßigen Zustande zu erhalten. Ist die Sache derartig beschädigt, daß die Wiederherstellung sie zu einer anderen, neuen Sache machen würde, so hat der Miether auf diese Sache keinen Anspruch Die Formulierung der Prot. II S. 131, daß Wiederherstellungen in der Regel dann zur Erhaltung der Sache gehören, „wenn die Wiederherstellung sich unter Wahrung der Identität der Sache ermöglichen lasse", trifft daher das Richtige. Die Bemängelung dieser Formulierung durch Oertmann (Anm. 1 b zu § 536) erscheint nicht gerechtfertigt. Hiernach ist also zu entscheiden, inwieweit der Miether verlangen kann, daß der Vermiether durch Feuer, Wasser, Sturm u. s. w. verursachte Beschädigungen beseitige. Vgl. auch Planck Anm. zu § 536 und Dernburg II § 217 unter I, 2.

[14]) Vgl. die entsprechenden Vorschriften der §§ 443 und 476, oben § 132 unter 2 (S. 485) und § 134 (S. 495 unter d). — Zwingenden Rechtes ist die wichtige Vorschrift des § 544.

[15]) Die Ansicht Niendorf's (Miethrecht nach dem neuen bürgerlichen Gesetzbuch 5. Aufl. Berlin 1900 S. 106), daß der Vermiether auch den Miethstempel zu tragen habe, läßt sich aus § 546 nicht herleiten, denn der Stempel ist keine auf der Sache ruhende Last. In Ermangelung von Vereinbarungen haben die Parteien unter einander ihn je zur Hälfte zu tragen. Vgl. oben § 131 Anm. 22, ferner Cosack I S. 463 unter 6.

[16]) Wie es z. B. bei der Miethsteuer der Fall sein kann. Ob die Verpflichtung, die Bürgersteige rein zu halten, von Schnee zu säubern, bei Glatteis zu streuen u. s. w., den Hauseigenthümern oder den Miethern auferlegt ist, ist nach den maßgebenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften zu entscheiden. Vgl. Mittelstein S. 127, 128.

[17]) Anders war es nach preuß. Rechte. Auch diejenigen Kosten, welche der Miether „zur Abwendung eines der Substanz der Sache drohenden Schadens" verwendet hatte, konnte er nur nach den Grundsätzen von der Geschäftsführung ohne Auftrag ersetzt verlangen (ALR. § 287 I 21), also nur dann, wenn sie nützlich aufgewendet worden sind (§ 235 I 13). Die entgegengesetzte Vorschrift des BGB. beruht auf derselben Erwägung wie die des § 450 Abs. 1 (s. hierüber oben § 131 unter II, S. 483). Vgl. M. II S. 393.

Miether zu tragen. — Andere, insbesondere nur nützliche Verwendungen, kann der Miether wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag, also nach Maßgabe der Vorschriften der §§ 683, 684, 685, ersetzt verlangen[18]), jedoch ist er in jedem Falle[19]) berechtigt, eine Einrichtung, mit der er die Sache versehen hat, wegzunehmen. Dieses Wegnahmerecht, für welches die allgemeinen Vorschriften des § 258[20]) gelten, steht dem Miether auch dann zu, wenn die Einrichtung ein wesentlicher Bestandtheil der Sache und in Folge dessen Eigenthum des Vermiethers geworden ist (vergl. § 951 Abs. 2)[21]). Dem Vermiether steht das Recht, die Wegnahme durch Werthersatz auszuschließen, nicht zu[22]). — Durch die Vorschrift des § 547 bleibt das dem Miether im Falle des Verzugs des Vermiethers durch § 538 Abs. 2 gegebene weitergehende Recht unberührt[23]). Wegen der Ersatzansprüche steht zwar dem Miether einer beweglichen Sache, nicht aber dem Miether eines Grundstücks ein Zurückbehaltungsrecht zu (§ 556 Abs. 2).

§ 154. Die Gewährleistungs-Ansprüche des Miethers.

I. Erfüllt der Vermiether seine Verpflichtung, dem Miether die Sache in dem vertragsmäßigen Zustande zu überlassen, oder seine Verpflichtung, sie während der ganzen Miethzeit in diesem Zustande zu erhalten, nicht, so ist der Miether vor allem, den allgemeinen Grundsätzen entsprechend, berechtigt, ihn im Prozeßweg und durch Zwangsvollstreckung dazu anzuhalten, daß er den vertragsmäßigen Zustand der Sache herstelle[1]); der Miether ist ferner nach Maßgabe der allgemeinen Vorschriften, insbesondere auf Grund der §§ 283 und 326, berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern[2]). **§ 536.**

---

[18]) Auch in dieser Beziehung stellt das BGB. den Miether besser wie das ALR., denn letzteres gab ihm einen Ersatzanspruch wegen nützlicher Verwendungen nur bei ausdrücklicher Genehmigung des Vermiethers (ALR. I 21 §§ 280 ff., 124 ff.). Es ist jedoch für das BGB. zu beachten, daß gerade bei Verbesserungen, die der Miether vornimmt, häufig der Fall des § 685 Abs. 1 vorliegen wird.

[19]) D. h. auch wenn er nach § 547 Ersatz verlangen könnte. In diesem Falle steht ihm die Wahl zwischen dem Ersatzanspruch und dem Wegnahmerechte zu. Vgl. Oertmann Anm. 2 zu § 547.

[20]) Der Anspruch des Miethers auf Gestattung der Wegnahme (§ 258 Abs. 2) geht nur gegen den Vermiether, nicht auch, wie Niendorf (S. 173) annimmt, gegen den neuen Miether. „Der Andere" des § 258 Satz 2 ist derselbe, dem die Sache nach Satz 1 herauszugeben ist, und das ist der Vermiether.

[21]) Mit der Wegnahme tritt wieder ein Eigenthumswechsel ein: der Miether wird Eigenthümer der weggenommenen Einrichtung.

[22]) Im Gegensatze zu § 997 Abs. 2. Der Vermiether kann nicht verlangen, daß der Miether von ihm angebrachte Doppelschlösser, Doppelfenster, eingepflanzte Bäume, Blumen u. s. w. gegen Ersatz des Werthes ihm überlasse. A. M. Mittelstein S. 177, jedoch mit Unrecht, denn § 997 kommt auf das Schuldverhältniß zwischen Vermiether und Miether nicht zur Anwendung. Der Vermiether kann nicht mehr verlangen, als daß ihm die Sache so zurückgegeben werde, wie er sie dem Miether überlassen hat.

[23]) Vergl. unten § 154 unter III (Seite 551).

[1]) Dies klarzustellen ist, wie die Materialien (M. II S. 373) ergeben, der eigentliche Zweck des § 536, dessen Vorschrift sich im Uebrigen nur als eine Konsequenz des § 535 darstellt.

[2]) Nicht ganz korrekt ist es, wenn Oertmann (Anm. 2 zu § 536) sagt, der § 536 gebe dem Miether ein Klagerecht auf Erfüllung, sein Anspruch auf Schadensersatz werde durch § 538 geregelt. Der § 538 erweitert den allgemeinen Vorschriften gegenüber die Rechte des Miethers hinsichtlich des Schadensersatzanspruchs, setzt diese allgemeinen Vorschriften aber nicht außer Kraft. Insbesondere kann der Miether Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach Maßgabe der §§ 283 und 326 fordern.

§ 537. II. Insoweit der Miether von der Sache wegen ihrer mangelhaften Beschaffenheit den vertragsmäßigen Gebrauch nicht machen kann, entfällt auch seine Pflicht zur Entrichtung der Gegenleistung[3]). Eine mangelhafte Beschaffenheit der Sache liegt immer dann vor, wenn es der Sache an einer zugesicherten Eigenschaft fehlt[4]), ferner dann, wenn sie einen Fehler hat, den der Vermiether auch ohne besondere Zusicherung zu vertreten hat, d. h. einen solchen Fehler, der sie zu dem vertragsmäßigen Gebrauche ganz oder theilweise untauglich macht. Ob die Gebrauchsfähigkeit der Sache durch den Fehler nur unerheblich gemindert wird, kommt — im Gegensatze zu § 459 Abs. 1 S. 2 — nicht in Betracht[5]). Da die Gewährleistungspflicht des Vermiethers während der ganzen Miethzeit besteht, so macht es keinen Unterschied, ob der Mangel bei der Ueberlassung der Sache an den Miether vorhanden war oder ob er später entstanden ist; ebenso ist es gleichgültig, ob ein Verschulden des Vermiethers vorliegt oder nicht. Wird durch den Mangel der Sache ihre Gebrauchsfähigkeit gänzlich aufgehoben, so ist für diese Zeit der Miether von der Verpflichung, den Miethzins zu entrichten, frei; wird die Tauglichkeit nur gemindert, so mindert sich auch für die in Frage kommende Zeit der zu entrichtende Miethzins und zwar in dem Verhältniß, im welchem zur Zeit des Vertragsabschlusses der Miethwerth der Sache in mangelfreiem Zustande zu ihrem Miethwerth im mangelhaften Zustande gestanden hat[6]). Diese gänzliche oder theilweise Befreiung von der Verpflichtung zur Entrichtung des Miethzinses tritt von selbst, kraft Gesetzes, ein[7]) und zwar auch dann, wenn der Miether nach dem Vertrage vorzuleisten, also den Miethzins im Voraus zu entrichten hat. Hat er den Miethzins bereits entrichtet, so kann er ihn insoweit, als nach § 537 eine Verpflichtung zur Zahlung nicht vorlag, nach den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung zurückfordern.

§ 538. III. Weitergehende Ansprüche hat der Miether für den Fall, daß die Sache mit einem vom Vermiether zu vertretenden Mangel schon zur Zeit des

---

[3]) Zum klareren Einblick in die Struktur des Gesetzes ist zu bemerken, daß die §§ 537 ff., welche die Gewährleistungspflicht des Vermiethers regeln, nicht etwa singuläre, von den allgemeinen für die gegenseitigen Verträge geltenden Grundsätzen wesentlich abweichende Vorschriften enthalten, daß vielmehr die Anwendung der §§ 323 ff. im Wesentlichen zu denselben Resultaten führen würde. (Vergl. M. II S. 375.) Es ist dies besonders deshalb festzuhalten, weil das richtige Verständniß der §§ 537 ff. nur durch gleichzeitige Berücksichtigung der §§ 323 ff. gewonnen werden kann. Wenn z. B. der § 537 die gänzliche oder theilweise Befreiung des Miethers von der Entrichtung des Miethzinses bei Mangelhaftigkeit der Miethsache ohne weitere Voraussetzung, also auch, wenn kein Verschulden des Vermiethers vorliegt, eintreten läßt, so ergeben die §§ 323 ff., daß dies nicht der Fall sein kann, wenn die Mangelhaftigkeit auf einem vom Miether zu vertretenden Umstande beruht. In diesem Falle greift vielmehr die Bestimmung des § 324 Platz.

[4]) Die Bedeutung des Abs. 2 ist die, daß das Fehlen oder der spätere Wegfall einer zugesicherten Eigenschaft immer die Folgen des Abs. 1 nach sich zieht, mag auch objektiv die Sache trotz des Mangels zu dem vertragsmäßigen Gebrauche geeignet sein (Prot. II S. 131, 132), mit anderen Worten: hat sich der Miether eine besondere Eigenschaft zusichern lassen, so kommt es nicht darauf an, ob die Sache auch ohne diese Eigenschaft objektiv tauglich ist. Des Weiteren ist dann zu untersuchen, ob durch das Fehlen der zugesicherten Eigenschaft die nach dem subjektiven Standpunkte des Miethers zu bemessende Tauglichkeit der Sache aufgehoben oder nur gemindert wird.

[5]) Vergl. M. II S. 374, s. jedoch § 542 Abs. 2.

[6]) Ueber die für anwendbar erklärten §§ 472, 473 vergl. oben § 136 unter II (S. 504). Z. B. von einer Wohnung, deren jährlicher Miethzins 1000 M. beträgt, ist ein Zimmer so naß, daß es unbenutzbar ist. Es ist festzustellen: welches ist der objektive Miethwerth der Wohnung ohne diesen Mangel? welches ihr Miethwerth mit diesem Mangel? Ist ersterer 1200 M., letzterer 900 M., so ist der Miethzins von 1000 im Verhältnisse von 1200 : 900 zu mindern, also auf 750 Mark.

[7]) Abweichend von der Vorschrift des § 462.

Vertragsabschlusses behaftet ist. Durch den Abschluß des Miethvertrags übernimmt der Vermiether stillschweigend die Garantie dafür, daß die Sache sowohl die zugesicherten als auch diejenigen Eigenschaften hat, welche für ihren vertragsmäßigen Gebrauch erforderlich sind[8]). Er muß in Folge dessen, wenn der Sache eine solche Eigenschaft fehlt, dem Miether Schadensersatz wegen Nichterfüllung leisten; selbst wenn ihn ein Verschulden nicht trifft[9]). Entsteht ein Mangel erst nach dem Vertragsabschlusse, so sind die Verpflichtungen des Vermiethers verschieden, je nachdem er den Umstand, in Folge dessen der Mangel entstanden ist, zu vertreten hat oder nicht. Ist Ersteres (nach den §§ 276 und 278) der Fall, so muß er — entsprechend der Bestimmung der §§ 280 Abs. 1, 325 Abs. 1 — dem Miether Schadensersatz wegen Nichterfüllung leisten. Hat er dagegen den Umstand nicht zu vertreten[10]), so wird er — der Vorschrift des § 275 entsprechend — von seiner durch die Garantie übernommenen Verpflichtung und demgemäß von der Schadensersatzpflicht frei; der Miether ist lediglich auf die ihm im § 537 gegebenen Rechte angewiesen. Da der Vermiether jedoch die Sache während der ganzen Miethzeit in dem vertragsmäßigen Zustand erhalten und in Folge dessen den Mangel beseitigen muß, so ist er, wenn er mit der Erfüllung dieser Pflicht in Verzug kommt, schadensersatzpflichtig[11]). Auch kann der Miether im Falle des Verzugs des Vermiethers den Mangel selbst beseitigen und die Aufwendungen, die dazu erforderlich waren, ersetzt verlangen, ohne daß es darauf ankommt, ob die Verwendungen zur Erhaltung der Sache nothwendig waren oder nicht[12]). Daneben kann der Miether den Ersatz seines weitergehenden Schadens verlangen.

---

[8]) Diese Vorschrift des § 538 Abs. 2, welche im Uebrigen mit der des § 463 korrespondiert, weicht von dieser insofern ab, als die Schadensersatzpflicht auch in dem Falle besteht, daß der Sache eine nicht zugesicherte Eigenschaft fehlt. Bei der Miethe gilt jeder Mangel, den der Vermiether zu vertreten hat, als der Mangel einer zugesicherten Eigenschaft. M. II S. 377. — Es ist noch darauf hinzuweisen, daß die Gewährleistungsansprüche des Miethers nicht wie die des Käufers einer kurzen Verjährung unterworfen sind. Vgl. jedoch § 558 Abs. 1.

[9]) Von dieser strengen Haftung kann der Vermiether sich sogar durch den Beweis, daß der Mangel trotz aller Sorgfalt nicht zu entdecken war, nicht befreien. Vgl. Prot. VI S. 186.

[10]) Wofür nach § 282 den Vermiether die Beweislast trifft.

[11]) A. vermiethet dem B. einen Laden. Der Laden ist beim Abschlusse des Miethvertrags derartig feucht, daß die Waaren des B. verderben und dieser in Folge dessen sein Geschäft nicht betreiben kann. A. muß dem B. den ganzen Geschäftsverlust und sonstigen Schaden ersetzen, selbst wenn er die Beschaffenheit des Ladens nicht gekannt hat, auch nicht kennen konnte. Dasselbe ist der Fall, wenn die Feuchtigkeit des Ladens erst nach dem Vertragsabschluß, aber durch das Verschulden des A. entsteht. — Der Laden wird in Folge einer am 15. Januar entstandenen Feuersbrunst unbenutzbar. B. fordert den A. auf, den Laden wiederherstellen zu lassen (Mahnung § 284). A. kann mit der Reparatur erst in 4 Wochen beginnen, weil auf polizeiliche Anordnung in Folge einer wegen Brandstiftung eingeleiteten Untersuchung der Zustand des Ladens vorläufig nicht verändert werden durfte. A. beginnt jedoch, obwohl der Laden am 15. Februar von der Polizei freigegeben war, mit der Reparatur erst am 1. März. Dann kann B. Schadensersatz nur für die Zeit vom 15. Februar an fordern, da bis dahin A. nicht im Verzuge war (§ 285): für die Zeit vom 15. Januar bis 15. Februar braucht B. jedoch keinen Miethzins zu zahlen (§ 537).

[12]) Hierin liegt der Unterschied zwischen dem § 538 Abs. 2 und dem § 547. — Verjährt dieser Ersatzanspruch des Miethers nach § 558 Abs. 1 in sechs Monaten? Man wird die Frage verneinen müssen. Die kurze Verjährungsfrist des § 558 ist auf die Verwendungen auf die Sache beschränkt und bezieht sich nicht auf den weitergehenden Begriff der Aufwendungen (vgl. oben § 76 Anm. 2). Der Anspruch aus § 538 Abs. 2 ist kein Verwendungsanspruch, d. h. er hat seinen rechtlichen Grund nicht in dem bloßen Umstande, daß eine Verwendung gemacht worden ist, er ist vielmehr ein durch den Verzug des Vermiethers begründeter Gewährleistungsanspruch. Er unterliegt daher der ordentlichen Verjährung. A. M. Mittelstein § 87 unter 3.

§ 542. IV. **Endlich ist dem Miether noch das Recht gegeben, den Vertrag ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen.**[13])

1. Voraussetzung für dieses Kündigungsrecht ist, daß dem Miether der vertragsmäßige Gebrauch ganz oder zum Theil entweder zu der im Vertrage bestimmten Zeit nicht rechtzeitig gewährt oder wiederentzogen wird. Gleichgültig ist es, ob dies die Folge des Mangels einer zugesicherten oder einer vom Vermiether kraft Gesetzes zu vertretenden Eigenschaft oder des Rechtes eines Dritten (§ 541) ist, ferner ob ein Verschulden des Vermiethers oder ein bloßer Zufall vorliegt.[14]) Liegt ein Verschulden des Miethers vor, so ist das Kündigungsrecht selbstverständlich ausgeschlossen.[15]) Ebenso ist die Kündigung nicht zulässig, wenn die Hinderung oder Vorenthaltung des Gebrauchs, sei es der Dauer, sei es dem Umfange nach, nur eine unerhebliche ist, es sei denn, daß in diesem Falle die Kündigung durch ein besonderes Interesse des Miethers gerechtfertigt wird.

2. Bevor der Miether von dem Kündigungsrechte Gebrauch machen kann, muß er dem Vermiether eine angemessene Frist zur Bewirkung der Abhülfe stellen.[16]) Hat jedoch die Erfüllung des Vertrags in Folge der gänzlichen oder theilweisen Nichtgewährung oder Wiederentziehung des Gebrauchs für den Miether kein Interesse, so bedarf es der Bestimmung der Frist nicht.[17])

---

[13]) Ueber den Begriff der Kündigung vergl. oben § 102 Anm. 2. Die Kündigung unterscheidet sich von dem Rücktritte dadurch, daß sie das Rechtsverhältniß nur für die Zukunft aufhebt.

[14]) Der § 542 stellt sich somit als eine Erweiterung der §§ 325, 326 dar und zwar nach zwei Richtungen hin, einmal insoweit, als nach jenen Vorschriften ein Rücktrittsrecht nur gegeben wäre, wenn ein Verschulden oder Verzug des Vermiethers vorläge, sodann insoweit, als hier grundsätzlich die theilweise Nichterfüllung der gänzlichen gleichgestellt wird. Andererseits unterscheidet der § 542 sich von den §§ 325, 326 dadurch, daß nach ersterem nur eine Aufhebung des Vertrags für die Zukunft, nach letzterem ein Rücktritt ex tunc stattfindet. — Ein wichtiger Fall des § 542 ist der des § 544. — Vielfach ist in der Praxis die Frage streitig geworden, ob der Miether, der Räume zum Betrieb eines konzessionspflichtigen Gewerbes, z. B. des Schankgewerbes, gemiethet hat, ein Rücktrittsrecht hat, wenn ihm die Konzession versagt wird. Ist der Vertrag nicht unter der Bedingung der Konzessionsertheilung geschlossen, so ist zu unterscheiden, ob die Versagung der Genehmigung auf Gründen beruht, die in der Person des Miethers ihren Grund haben oder nicht. Im ersteren Falle steht ihm das Kündigungsrecht des § 542 nicht zu, im letzteren Falle kann er es ausüben, ohne daß gerade, wie Mittelstein (§ 14 unter 7) annimmt, die Versagung wegen mangelnder Eigenschaften der vermietheten Räumlichkeiten erfolgt zu sein braucht. Vergl. auch RG. Bd. 4 S. 169 ff. Auch wenn die Versagung wegen mangelnden Bedürfnisses erfolgt ist, liegt der Fall des § 542 vor. Wenn früher im Gebiete des preußischen Rechtes anders entschieden worden ist, (vergl. Niendorff S. 78), so beruht dies darauf, daß der § 383 I 21 ALR., auf dem die Entscheidungen sich stützen, enger war als der § 542 BGB., nämlich verlangte, daß „die gemiethete Sache zu dem bestimmten Gebrauche . . . . . untüchtig geworden ist." Dieses Beispiel ergiebt, wie sehr der § 542 dem früheren Rechte gegenüber die Rechte des Miethers erweitert hat.

[15]) Vergl. oben Anm. 3. Im § 529 E. I war dies besonders ausgesprochen. Daß eine Aenderung dieser Vorschrift nicht beabsichtigt war, ergeben Prot. II S. 229.

[16]) Die Bestimmung der Frist kann auch in Gemäßheit des § 255 CPO. erfolgen. — Eine Androhung der Kündigung ist hier, im Gegensatze zum § 326, nicht vorgeschrieben. Mit Unrecht tadelt dies Mittelstein (§ 28 unter 6), denn die Androhung, daß der Miether nach dem Ablaufe der Frist die Bewirkung der Abhülfe nicht mehr annehmen werde, würde auch den Miether binden. Dies wollte das Gesetz aber nicht. Es ist daher im § 542 auch nicht, wie im § 326, bestimmt, daß nach dem Ablaufe der Frist der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen ist. Hat also der Vermiether innerhalb der Frist keine Abhülfe bewirkt, so muß nicht der Miether kündigen, er kann vielmehr immer noch auf Bewirkung der Abhülfe klagen (§ 536). Hat aber der Miether einmal gekündigt, so ist das Miethverhältniß beendet und daher eine Klage auf Abhülfe unzulässig.

[17]) Auch wenn im Falle des § 542 Abs. 2 die Kündigung zulässig ist, ist die Fristbestimmung erforderlich, es sei denn, daß der Ausnahmefall des § 542 Abs. 1 Satz 2 vor-

3. Stellt sich der Miethvertrag als ein Fixgeschäft im Sinne des § 361 dar, so greift das in dieser Vorschrift gegebene Rücktrittsrecht Platz, ohne daß die weiteren Voraussetzungen des § 542 vorzuliegen brauchen.[18])

4. Die Beweislast vertheilt sich folgendermaßen: Stützt der Miether sein Kündigungsrecht darauf, daß ihm der vertragsmäßige Gebrauch nicht rechtzeitig gewährt worden ist, so liegt die Beweislast für diese Voraussetzung nicht ihm ob, sondern der Vermiether hat zu beweisen, daß er den Gebrauch rechtzeitig gewährt hat. Kündigt der Miether dagegen, weil ihm der Gebrauch wieder entzogen worden ist, so hat er dies zu beweisen. Die Fristbestimmung hat der Miether zu beweisen, dagegen liegt dem Vermiether die Beweislast dafür ob, daß er innerhalb der Frist Abhülfe bewirkt hat. Ebenso trifft ihn die Beweislast dafür, daß nur eine unerhebliche Hinderung oder Vorenthaltung des Gebrauchs vorliegt, wogegen der Miether das Vorliegen des besonderen Interesses an der Kündigung zu beweisen hat.

§ 543. 5. Sind durch einen Miethvertrag mehrere Sachen vermiethet worden und liegen die im § 542 bestimmten Voraussetzungen für das Kündigungsrecht nur rücksichtlich einzelner Sachen vor, so kann nur das Miethverhältniß hinsichtlich dieser Sachen gekündigt werden, auch wenn ein Gesammtmiethzins für alle Sachen festgesetzt ist. Die Herabsetzung des Gesammtmiethzinses erfolgt nach § 471. Unter den im § 469 Satz 2 bezeichneten Voraussetzungen kann jedoch jeder Theil verlangen, daß die Kündigung auf alle Sachen erstreckt wird. Die Kündigung des Miethverhältnisses in Ansehung der Hauptsache erstreckt sich auch auf die Nebensache. Liegen die Voraussetzungen des Kündigungsrechts nur hinsichtlich der Nebensache vor, so kann es auch nur in Ansehung dieser ausgeübt werden.[19])

6. Durch die Kündigung wird das Miethverhältniß für die Zukunft aufgehoben. Daher muß der Vermiether den für eine spätere Zeit im Voraus entrichteten Miethzins zurückgewähren und zwar mit Zinsen vom Tage des Empfanges. Beweist er jedoch, daß er den Umstand, wegen dessen die Kündigung erfolgt ist, nicht zu vertreten hat, so hat er den Miethzins nur den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung gemäß zurückzuerstatten. — Bis zu dem Zeitpunkt, in welchem die Kündigung wirksam wird, bleibt das Miethverhältniß bestehen und ist der Miether daher zur Entrichtung des Miethzinses verpflichtet, soweit er nicht von dieser Verpflichtung nach den Vorschriften des § 537 befreit ist. Auch der Schadensersatzanspruch des § 538 besteht neben dem Kündigungsrechte des § 542.

§ 541. V. Aus der Verpflichtung des Vermiethers, dem Miether den Gebrauch der Sache während der ganzen Miethsdauer zu gewähren, folgt seine Verpflichtung, für Mängel im Rechte dann aufzukommen, wenn durch das Recht des Dritten dem Miether der vertragsmäßige Gebrauch der Sache ganz oder zum Theil

---

liegt. — Daß die Erfüllung des Vertrags, d. h. die Aufrechterhaltung des Miethverhältnisses, für den Miether kein Interesse hat, wird besonders dann der Fall sein, wenn die Bewirkung der Abhülfe eine im Verhältnisse zur Miethsdauer ungewöhnlich lange Zeit in Anspruch nehmen würde. Ist z. B. die Wohnung durch Feuer beschädigt und nehmen die Reparaturen zwei Monate in Anspruch, so wird man dem Miether einer Sommerwohnung nicht zumuthen können, sich auf diese Reparatur einzulassen, wohl aber müßte der Miether, der die Wohnung auf mehrere Jahre gemiethet hat, erst die Abhülfe vom Miether verlangen, bevor er kündigen könnte.

[18]) Vergl. M. II S. 420.

[19]) Vgl. das Nähere über die zur entsprechenden Anwendung gelangenden §§ 469 bis 471 oben § 136 unter I, 4 (S. 504).

entzogen wird[20]). Dieser Fall liegt insbesondere dann vor, wenn das Recht des Vermiethers ein zeitlich beschränktes ist und während der Dauer des Miethvertrags erlischt, der Rechtsnachfolger aber das Miethverhältniß nicht fortsetzt[21]). Wird in Folge des Rechtes eines Dritten dem Miether der Gebrauch der Sache entzogen, so treten dieselben Folgen ein, wie in dem Falle, daß die Gebrauchs-Minderung oder -Entziehung die Folge von Mängeln der Sache ist. Der Miether wird während der Dauer der Entziehung von der Entrichtung des ganzen Miethzinses oder eines verhältnißmäßigen Theiles des Miethzinses befreit; er kann Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern, wenn das Recht des Dritten schon zur Zeit des Vertrags-Abschlusses bestanden hat, ohne daß es darauf ankommt, ob den Vermiether ein Verschulden trifft, ferner dann, wenn das Recht des Dritten zwar später entstanden ist, der Vermiether dies aber zu vertreten hat[22]) oder er mit der Beseitigung des Rechtes des Dritten im Verzug ist. In diesem Falle kann der Miether auch selbst das Recht des Dritten beseitigen[23]) und vom Vermiether den Ersatz der Aufwendungen verlangen. Endlich steht dem Miether unter den Voraussetzungen des § 542 auch das in dieser Vorschrift gegebene Kündigungsrecht zu (vgl. § 543 Abs. 1).

§ 539. VI. Entsprechend den für den Kauf geltenden Vorschriften[24]) erleiden auch die Rechte des Miethers durch Kenntniß des Mangels und vorbehaltlose Annahme der Sache eine Beeinträchtigung[25]).

1. Der Miether verliert die wegen Mängel der Sache und wegen Mängel im Rechte ihm zustehenden Befugnisse, wenn er die Mängel beim Abschlusse des Vertrags kennt[26]) (§ 539 Abs. 1, 541). Nicht nur das Recht der Befreiung von der Entrichtung des Miethzinses (§ 537) und der Schadensersatzanspruch (§ 538) stehen ihm nicht zu, er kann auch das Kündigungsrecht des § 542 nicht ausüben, wenn die Nichtgewährung oder Wiederentziehung des Gebrauchs die Folge eines Mangels der Sache oder eines Mangels im Rechte ist, den der Miether beim Vertragsabschlusse kennt (§ 543).

2. Die auf grober Fahrlässigkeit beruhende Nichtkenntniß steht der Kenntniß nur gleich, wenn es sich um solche Mängel der Sache handelt, die der Vermiether unmittelbar auf Grund des Gesetzes zu vertreten hat (§ 537 Abs. 1). In Ansehung der zugesicherten Eigenschaften (§ 537 Abs. 2) und der Mängel im Rechte ist die auf Fahrlässigkeit beruhende Unkenntniß hinsichtlich der Ansprüche des Miethers unschädlich. Dies gilt auch für das Kündigungs-

---

[20]) Auch die Haftung wegen Mängel im Rechte kann nach Maßgabe des § 540 durch Vereinbarung erlassen oder beschränkt werden (§ 541).

[21]) Vgl. §§ 1056, 1423, 1663, 2135. — Ein wichtiger Anwendungsfall des § 541 ist ferner der, daß der Miether ohne Erlaubniß des Vermiethers einen Aftermiethvertrag abschließt.

[22]) A. vermiethet dem B. ein Fuhrwerk auf 4 Wochen, welches dem B. für bestimmte Stunden des Tages zur Verfügung stehen, sonst jedoch im Besitze des A. bleiben soll. Dieses Fuhrwerk wird gepfändet und versteigert. A. haftet dem B. auf vollen Schadensersatz.

[23]) Dies kann etwa in der Weise geschehen, daß der Miether den Dritten gegen eine Abfindungssumme veranlaßt, das Recht aufzugeben. Vgl. Mittelstein § 29 unter 3. Wenn Cosack I § 135 S. 462 unter b sagt, der Miether könne die Rechte ihrem Inhaber abkaufen, so ist dagegen zu bemerken, daß dies keine Beseitigung der Rechte ist und daß daher eine andere rechtliche Beurtheilung als nach dem § 538 Abs. 2 eintreten muß.

[24]) Vgl. oben § 134 unter II, 5 (S. 494) und § 132 unter II, 7a (S. 488)

[25]) Inwieweit die Verletzung der Anzeigepflicht des § 545 die Rechte des Miethers beeinträchtigt s. unten § 155 unter III (Seite 562, 653).

[26]) Anders natürlich, wenn, wie es beim Miethen von Wohnungen häufig vorkommt, der Vermiether dem Miether die Beseitigung des Mangels zugesagt hat. Dann haftet der Vermiether aus diesem Versprechen auf Schadensersatz. Vgl. Oertmann Anm. 2 zu § 539 Planck Anm. 1 zu § 539.

recht des § 542. Beruht der Grund dieses Kündigungsrechts auf dem Mangel einer zugesicherten Eigenschaft oder auf dem Mangel eines Rechtes, so kann der Miether dieses Kündigungsrecht selbst dann ausüben, wenn er die erwähnten Mängel aus grober Fahrlässigkeit nicht gekannt hat (§ 543 Abs. 1)[27]).

3. Hat der Miether einen vom Vermiether auf Grund des Gesetzes zu vertretenden Mangel der Sache (§ 537 Abs. 1) aus grober Fahrlässigkeit nicht gekannt, so stehen ihm die Rechte (§§ 537, 538, 542) nur zu, wenn ihm der Vermiether die Abwesenheit des Fehlers zugesichert oder ihm den Fehler arglistig verschwiegen hat (§§ 539 S. 2, 460).

4. Endlich stehen dem Miether alle bezeichneten Ansprüche nicht zu, wenn er eine mangelhafte Sache annimmt, obwohl er den Mangel kennt, es sei denn, daß er sich seine Rechte wegen des Mangels vorbehalten hat. Dies gilt jedoch nur für Mängel der Sache. Bei Mängeln im Rechte ist die vorbehaltlose Annahme der Sache trotz der Kenntniß des Mangels in der Regel unschädlich[28]).

§ 544. VII. Eine wichtige im sozialpolitischen Interesse[29]) gegebene Ausnahme tritt dann ein, wenn der Miethvertrag eine Wohnung oder einen anderen zum Aufenthalte von Menschen bestimmten Raum[30]) zum Gegenstande hat und dieser so beschaffen ist, daß mit seiner Benutzung eine erhebliche Gefahr für die Gesundheit derjenigen Personen, welche den betreffenden Raum vertragsmäßig benutzen sollen[31]), verbunden ist. Dem Miether steht dann das Kündigungsrecht (§ 542)[32])

---

[27]) Dies ist die Bedeutung der Bestimmung im § 543, daß auf das Kündigungsrecht des § 542 die Vorschriften der §§ 539—541 Anwendung finden, eine Bestimmung, die der Auslegung einige Schwierigkeiten bereitet. Die Bedeutung der Anwendung des § 539 ist klar: beruht die Voraussetzung für das Kündigungsrecht auf einem Mangel der Sache, so wird es durch Kenntniß, grobfahrlässige Unkenntniß und vorbehaltlose Annahme genau so beeinflußt, wie es nach § 539 hinsichtlich der anderen dem Miether durch die §§ 537 und 538 gegebenen Rechte der Fall ist. Ebenso bereitet die Anwendung des § 540 keine Schwierigkeiten. Nun sollen auf das Kündigungsrecht ferner die Vorschriften des § 541 Anwendung finden, in welchem wieder eine Anzahl von Paragraphen citiert sind. Daß auf das Kündigungsrecht die §§ 537, 538 keine Anwendung finden können, ist klar. Gemeint ist: Beruht das Kündigungsrecht des § 542 auf dem Rechte eines Dritten, so wird es nur durch die positive Kenntniß dieses Rechtes ausgeschlossen.

[28]) Vergl. oben § 132 unter II 7a (S. 488) und Prot. II S. 133.

[29]) Vgl. Prot. II S. 230—232, KB. zu § 537 E. III.

[30]) Der Begriff ist enger, als der des § 580. Räume, welche nicht dazu bestimmt sind, daß Menschen sich darin aufhalten, z. B. Keller, Stallungen, Bodenräume, Lagerräume fallen nicht unter § 544. Jedoch ist nicht erforderlich, daß die Räume zum dauernden Aufenthalte von Menschen bestimmt sind, so daß z. B. auch die Waschküche zu den Räumen des § 544 gehört.

[31]) Es braucht also nicht gerade die Gesundheit des Miethers selbst gefährdet zu sein, auch die Gesundheit seiner Angehörigen, Dienstboten, Arbeiter u. s. w. soll vor erheblicher Gefahr geschützt werden. Vgl. Oertmann Anm. 2b zu § 544. Es muß jedoch die Einschränkung gemacht werden, daß es sich immer um solche Personen handeln muß, welche den Intentionen der Parteien entsprechend die Wohnung benutzen sollen. Willkürliche in dem Vertrage nicht begründete Handlungen des Miethers können die Anwendung des § 544 nicht rechtfertigen.

[32]) Fraglich erscheint, inwieweit auf das Kündigungsrecht des § 544 die Vorschriften des § 542 zur Anwendung kommen. (Vgl. Mittelstein § 28 unter 9.) Soviel ergiebt die Fassung des § 544, daß es der im § 542 vorgeschriebenen Fristsetzung nicht bedarf. Aber im Uebrigen müssen die Grundsätze des § 542 auch hier angewendet werden, da der § 544 kein neues, selbständiges Kündigungsrecht geben, vielmehr das Recht des § 542 nur in gewissen Grenzen erweitern will. Es ergiebt sich hieraus, daß das Kündigungsrecht des § 544 dem Miether nicht zusteht, wenn die Gesundheitsgefährlichkeit der Wohnung auf einem Umstande beruht, den der Miether zu vertreten hat (vgl. Anm. 3 und 15, z. B. die Wohnung ist dadurch feucht geworden, daß der Miether sie nicht genügend

selbst dann zu, wenn er den Mangel gekannt (§ 539) oder dem Vermiether die Vertretung des Mangels erlassen hat. Das Gleiche gilt für den Fall, daß er die Wohnung, obwohl er ihre gesundheitsgefährliche Beschaffenheit gekannt hat, vorbehaltlos angenommen hat[33]). Die der Gesundheit drohende Gefahr muß ihren Grund ausschließlich oder doch wenigstens vorwiegend in der Beschaffenheit der Wohnung, nicht in blos subjektiven Verhältnissen des Miethers haben[34]). Andererseits wird nicht erfordert, daß die Gesundheit der Bewohner bereits Schaden gelitten hat, es genügt eine naheliegende Gefahr. — Rücksichtlich der sonstigen Ansprüche des Miethers, insbesondere seines Rechtes auf Minderung des Miethzinses (§ 537) und auf Schadensersatz (§ 538), bleibt es bei den Vorschriften der §§ 539, 540.

§ 155. Die Verpflichtungen des Miethers.

§ 551. I. Der Miether ist verpflichtet, den vereinbarten Miethzins zu entrichten.[1])

1. Der Vermiether hat, falls besondere Vereinbarungen, die häufig dem Ortsgebrauche zu entnehmen sein werden, nicht getroffen sind, vorzuleisten.[2]) Der Miethzins ist daher erst am Ende der Miethzeit, falls er jedoch nach Zeitabschnitten bemessen ist, nach dem Ablaufe der einzelnen Zeitabschnitte zu entrichten. Dies gilt sowohl für die Miethe beweglicher Sachen, wie für die Miethe von Grundstücken. Ist jedoch bei letzteren der Miethzins nach Vierteljahren oder längeren Zeitabschnitten bemessen, so ist er nach dem Ablaufe je eines Kalendervierteljahrs[3]) zu entrichten und zwar am ersten Werktage des folgenden Monats.[4])

§ 552. 2. Die Verpflichtung des Miethers zur Entrichtung des Miethzinses ist davon abhängig, daß der Vermiether ihm den Gebrauch gewährt. Gleichgültig ist es, ob der Miether den Gebrauch, den er zu machen im Stande ist, wirklich macht.[5])

---

geheizt und gelüftet hat, er hat selbst giftige Tapeten angebracht u. s. w.). Ferner kommt § 542 Abs. 2 zur Anwendung. Liegt z. B. die Voraussetzung des § 544 nur bei einem Zimmer, z. B. nur bei der Waschküche (vgl. Anm. 30) vor, so ist nach § 542 Abs. 2 zu entscheiden, ob das Kündigungsrecht stattfindet. — Ueber das Verhältniß des § 545 zu § 544 s. unten § 155 Anm. 35.

[33]) Das Gesetz erwähnt diesen Fall zwar nicht besonders, da aber der ausdrückliche Verzicht unschädlich ist, so muß es der in der vorbehaltlosen Annahme zu findende stillschweigende Verzicht erst recht sein.

[34]) Vgl. Planck Anm. 2 zu § 544, Mittelstein § 28 unter 9 (S. 122). A. M. Oertmann Anm. 2 b zu § 544.

[1]) Vergl. oben § 152 unter I, 5 (Seite 543). Für den Leistungsort gelten die Regeln der §§ 269, 270. Vielfach gilt der Ortsgebrauch, daß der Miethzins im Miethshause zu entrichten ist; für Berlin ist ein solcher Ortsgebrauch festgestellt in OTr. Entsch. Bd. 41 S. 33. Wo ein solcher Ortsgebrauch nicht besteht, die Parteien auch nicht Besonderes vereinbart haben, hat der Miether den Miethzins auf seine Gefahr und Kosten dem Vermiether an dessen Wohnsitz und in dessen Wohnung (vergl. oben § 80 unter 5 S. 313) zu übermitteln.

[2]) Auch wenn vereinbart ist, daß der Miethzins im Voraus zu zahlen ist, ist anzunehmen, daß nach dem Willen der Parteien die Vorleistungspflicht des Vermiethers insoweit bestehen soll, als der Miether den Miethzins erst zu zahlen braucht, wenn ihm der Vermiether die Sache in dem vertragsmäßigen Zustand überlassen hat (§ 536).

[3]) Nach Kalenderquartalen, nicht Miethquartalen wird gerechnet. Hat also z. B. die Miethe am 1. Mai begonnen und ist ein jährlicher Miethzins vereinbart, so ist zum ersten Male der Miethzins am 1. Juli für zwei Monate zu zahlen.

[4]) Dies gilt nach § 193 für alle Fälle des § 551.

[5]) Dem Vermiether steht ein klagbarer Anspruch darauf, daß der Miether die Sache in Gebrauch nimmt, auf Grund des Miethvertrags nicht zu. Ein solcher Anspruch könnte nur durch besondere Abrede begründet werden.

Ist der Miether nicht im Stande, das Gebrauchsrecht auszuüben, so muß er den Miethzins dennoch entrichten, wenn der Hinderungsgrund in seiner Person liegt. Während also einen die Sache treffenden Zufall der Vermiether zu tragen hat, trifft ein in der Person des Miethers sich ereignender Zufall den Miether.[6]) Durch eine solche Verhinderung des Miethers, sein Gebrauchsrecht auszuüben, wird der Vermiether jedoch nicht davon befreit, seinerseits den Gebrauch der Sache zu gewähren.[7]) Ueberläßt er den Gebrauch einem Dritten und zwar in der Art,[8]) daß er sich dadurch außer Stande setzt, dem Miether den Gebrauch zu gewähren, so ist der Miether, solange dies dauert,[9]) zur Entrichtung des Miethzinses nicht verpflichtet. Gebraucht der Vermiether selbst die Sache oder überläßt er den Gebrauch zwar einem Dritten, aber so, daß er trotzdem im Stande ist, dem Miether den Gebrauch zu gewähren, so kann zwar der Vermiether den Miethzins beanspruchen, er muß sich aber alle Vortheile anrechnen lassen, die er aus dieser Verwerthung des Gebrauchs erlangt hat.[10]) Ebenso muß er sich den Werth der Aufwendungen, die er erspart hat, anrechnen lassen.

§ 554. 3. Kommt der Miether mit der Zahlung des Miethzinses in Verzug, so greifen die allgemeinen Folgen des Verzugs (§§ 286 ff.) Platz. Dagegen kommen die für gegenseitige Verträge sonst geltenden Vorschriften des § 326 nicht zur Anwendung. Diese Vorschrift ist vielmehr für die Miethe durch die Bestimmung des § 554 gemildert. Nach dieser Vorschrift hat der Vermiether das Recht, das Miethverhältniß ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen, nur unter einer doppelten Voraussetzung. Einmal muß ein Zahlungsverzug des Miethers vorliegen, sodaß das Kündigungsrecht dann nicht Platz greift, wenn die Zahlung in Folge eines Umstandes unterblieben ist, den der Miether nicht zu vertreten hat[11]), und ferner genügt es nicht, daß der Miether mit einer Zinsrate in

---

[6]) Z. B. Krankheit, Versetzung nach einem anderen Orte, Einziehung zur Truppe u. s. w. Gemildert ist die Vorschrift des § 552 durch das in den §§ 569 und 570 gegebene Kündigungsrecht. An sich fallen die in diesen §§ bezeichneten Umstände unter den § 552, so daß der Miether oder seine Erben, falls von dem Kündigungsrechte kein Gebrauch gemacht wird, auf Grund des § 552 zur Fortentrichtung des Miethzinses verpflichtet sind.

[7]) Die Vorschriften des § 552 S. 2 u. 3 müssen auch dann zur Anwendung kommen, wenn der Miether sein Gebrauchsrecht nicht ausübt, obwohl er daran nicht verhindert ist, wenn er z. B. die Wohnung nicht bezieht, weil sie ihm nicht gefällt. Vergl. Oertmann Anm. 1 zu § 552.

[8]) Beide Voraussetzungen müssen vorliegen. Die bloße Ueberlassung des Gebrauchs an einen Dritten hat die Folge des § 552 Abs. 3 z. B. dann nicht, wenn der Vertrag mit dem Dritten jederzeit gelöst werden kann. Vergl. M. II S. 400.

[9]) A. hat von B. eine Wohnung auf ein Jahr gemiethet, kann sie aber wegen Erkrankung nicht beziehen. B. vermiethet die Wohnung anderweit auf drei Monate. Dann ist A. für diese drei Monate von der Entrichtung des Miethzinses befreit, während er für die übrige Zeit den Zins zahlen muß. Dies setzt aber natürlich voraus, daß der Miethvertrag an sich bestehen bleibt. Es ist nämlich zu beachten, daß neben dem § 552 dem Miether das Recht des § 542 zusteht. In der anderweiten Vermiethung der Wohnung liegt eine Entziehung des Gebrauchs. Bewirkt B. innerhalb der ihm bestimmten Frist keine Abhülfe, so kann A. kündigen und braucht überhaupt keinen Zins mehr zu zahlen.

[10]) Nur die erlangten Vortheile muß er sich anrechnen lassen, nicht auch, wie in ähnlichen Fällen bestimmt ist (vergl. §§ 324, 615, 649), die Vortheile, die er böswillig zu erlangen unterläßt. Der Vermiether ist also nicht verpflichtet, im Interesse des Miethers den Gebrauch anderweitig zu verwerthen. Er wird vielmehr meist besser thun, dies zu unterlassen, da es, wie Anm. 9 ergiebt, für ihn sehr nachtheilig wirken kann.

[11]) Da die Bestimmung nur dispositiv ist, so kann vereinbart werden, daß das Kündigungsrecht des Vermiethers Platz greifen soll, wenn der Miether am Fälligkeitstage den Miethzins nicht bezahlt, auch wenn die Voraussetzungen des Verzugs nicht vorliegen, insbesondere dem Miether ein Entschuldigungsgrund im Sinne des § 285 zur Seite steht. Für die Regel

Verzug gekommen ist, vielmehr muß der Verzug hinsichtlich des Miethzinses für zwei und zwar zwei auf einander folgende Termine[12]) eingetreten sein, wenn auch nur wegen eines Theiles des Miethzinses. Wenn auch diese Voraussetzungen für das Kündigungsrecht eingetreten sind, so ist die Kündigung dennoch unzulässig, wenn der Miether den Vermiether wegen des ganzen Zinses, mit dessen Zahlung er im Verzug ist, befriedigt, bevor die Kündigung erfolgt[13]).

---

wird man aber davon auszugehen haben, daß nach dem Willen der Parteien das Kündigungsrecht des Vermiethers vom Verzuge des Miethers abhängig sein soll, wenn es auch im Vertrage nur an die Voraussetzung geknüpft ist, daß der Miether den Miethzins „nicht pünktlich zahlt" oder „mit dem Miethzins im Rückstande bleibt". Daß ein Verzug des Miethers nicht vorzuliegen brauche, müßte klar und deutlich vereinbart sein. Ferner ist in Miethverträgen als Folge des Zahlungsverzugs des Miethers häufig vereinbart, daß das Miethverhältniß erlischt, daß der Vertrag endet. Auch wenn solche oder ähnliche Wendungen gebraucht werden, ist doch anzunehmen, daß der Vertrag nicht von selbst endet, sondern dem Vermiether nur das Recht eingeräumt sein soll, das Miethverhältniß ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen.

[12]) Das Kündigungsrecht ist demnach nicht gegeben, wenn der Miether abwechselnd zahlt und nicht zahlt (vergl. Prot. II S. 228). Auf welche Rate eine Zahlung des Miethers anzurechnen ist, hängt von der Bestimmung des Miethers ab.

[13]) Auch wenn im Miethvertrag ausgemacht ist, daß das Kündigungsrecht des Vermiethers eintreten soll, wenn der Miether mit einer Miethzinsrate im Verzug ist, greift die Vorschrift des § 554 Abs. 1 Satz 2 Platz, denn durch eine solche Vereinbarung ist nur der erste Satz des § 554 Abs. 1 modifiziert; der zweite Satz müßte, wenn er nicht zur Anwendung kommen soll, besonders ausgeschlossen werden. Die Vorschrift stellt im Verhältnisse zum preußischen Rechte eine wichtige Neuerung dar, denn nach diesem wurde angenommen, daß das einmal entstandene Kündigungsrecht durch nachträgliche Annahme des Miethzinses, insbesondere wenn dieser postnumerando zu zahlen war, nicht in Wegfall komme (vergl. OTr. Bd. 32 S. 365, Bd. 73 S. 57, Str. Arch. Bd. 62 S. 184, Bd. 82 S. 245). Ist also in dem Miethvertrage bestimmt, daß, falls Miether die Miethe am Quartalsersten nicht pünktlich bezahlt, dem Vermiether das Recht der sofortigen Aufhebung zusteht, so geht dieses Recht dem Vermiether verloren, wenn der Miether zahlt, bevor der Vermiether ihm erklärt hat, daß er von dem Rechte Gebrauch macht, gleichgültig, ob der Miethzins post- oder praenumerando zu zahlen ist. Wie aber, wenn der Vermiether seine Befriedigung dadurch verhindert, daß er den Miethzins nicht annimmt? Am 4. April bringt der Miether dem Vermiether den Miethzins; dieser erklärt: „Jetzt nehme ich das Geld nicht an und kündige Ihnen." Die Hinterlegung, selbst unter Verzicht auf das Rücknahmerecht, kann dem Miether nicht helfen, da nach § 378 die Befreiung erst mit dem Zeitpunkte der Hinterlegung eintritt und die Kündigung ja schon früher erfolgt ist. Dagegen kommt § 162 Abs. 1 zur Anwendung: die vor der Kündigung erfolgende Befriedigung ist nach § 554 Abs. 1 S. 2 Bedingung für den Ausschluß der Kündigung. Den Eintritt dieser Bedingung hat der Vermiether wider Treu und Glauben gehindert. — Aus der Fassung des Gesetzes ergiebt sich andererseits, daß das Kündigungsrecht nur dadurch ausgeschlossen wird, daß der Miether den Vermiether befriedigt d. h. den ganzen rückständigen Miethzins leistet. (Vergl. E. I § 528, Mittelstein § 44 unter 4, Cosack I § 135 Anm. 48.) Es läßt sich daher nicht mit Fischer-Henle Anm. 1 zu § 554 und Oertmann Anm. 1a zu § 554 schlechthin behaupten, daß die vorbehaltlose Annahme von Theilzahlungen die Kündigung ausschließt. Auch der Satz 1 des § 554 Abs. 1 („oder eines Theiles des Miethzinses") ergiebt klar das Gegentheil. Allerdings ist es richtig, daß der Vermiether sein Kündigungsrecht nicht ausüben muß, sondern darauf verzichten kann und daß dieser Verzicht auch stillschweigend erfolgen kann. In der bloßen Annahme einer Theilzahlung kann aber ein solcher stillschweigender Verzicht angesichts der Vorschriften des § 554 nicht gefunden werden. Wenn die Judikatur im preußischen Rechte theilweise, insbesondere falls der Miethzins praenumerando zu zahlen war, einen anderen Standpunkt einnahm, so kann diese Judikatur schon deswegen nicht mehr für maßgebend erachtet werden, weil der § 298 I 21 ALR. bei einem Theilverzuge des Miethers das Kündigungsrecht überhaupt versagte (vergl. Str. Arch. Bd. 44 S. 287). Dagegen wird man einen Verzicht des Vermiethers darin zu erblicken haben, daß er, nachdem der Miether in Verzug gekommen ist, längere Zeit hindurch von seinem Kündigungsrechte keinen Gebrauch macht, sondern den Miether die Sache weiter benutzen läßt. (Vergl. insbesondere RG. in JW. 1902 S. 69.) Nicht zu billigen ist somit die Ansicht von Mittelstein (§ 44 unter 4), welcher

— Ist die Kündigung erfolgt, so ist damit der Vertrag für die Zukunft aufgelöst. Die nachträgliche Zahlung des Miethzinses kann hieran grundsätzlich nichts ändern [14]). Eine Ausnahme tritt jedoch ein, wenn dem Miether zur Zeit der Kündigung eine aufrechenbare Gegenforderung zustand. Erklärt er nunmehr die Aufrechnung unverzüglich nach der Kündigung, so ist diese unwirksam. — Da die Kündigung den Vertrag für die Zukunft auflöst, muß der Vermiether, falls an ihn Miethzins für eine Zeit nach der Kündigung gezahlt ist [15]), diesen Miethzins dem Miether mit Zinsen seit dem Tage des Empfanges zurückerstatten [16]). § 555.

---

annimmt, daß dem Vermiether das Kündigungsrecht zusteht, so lange der Miether im Verzug ist. Die Fortdauer des Verzugs entbindet den Vermiether nicht davon, innerhalb angemessener Frist dem Miether mittheilen zu müssen, ob er von seinem Kündigungsrechte Gebrauch machen wolle oder nicht.

[14]) Insbesondere ist dies der Fall, wenn es sich um postnumerando zu zahlenden Miethzins handelt. Wohl aber wird in der vorbehaltlosen Annahme einer Miethzinszahlung für eine spätere Zeit die Erklärung zu finden sein, daß man die Kündigung zurücknehme. (Vergl. Oertmann Anm. 1b zu § 554, Fischer-Henle Anm. 4 zu § 554, Mittelstein § 44 unter 4 S. 167.) Man könnte dagegen geltend machen, daß eine Vereinbarung, eine erfolgte Kündigung (oder ein erklärter Rücktritt) solle wieder rückgängig gemacht werden, nur als der stillschweigende Abschluß eines neuen Vertrags angesehen werden könne, da durch die Kündigung das alte Miethverhältniß ein für alle Mal aufgelöst sei. Eine solche Annahme würde aber zu unhaltbaren Konsequenzen führen. Ist z. B. der Vertrag vom 1. April 1902 bis zum 1. April 1906 geschlossen mit der Vereinbarung, daß der Miethzins vierteljährlich im Voraus zu zahlen ist und daß bei nicht pünktlicher Zahlung der Vermiether zur Kündigung berechtigt ist, so würde, falls Miether am 1. April 1903 den Miethzins nicht zahlt und der Vermiether in Folge dessen am 2. April 1903 die Kündigung erklärt, trotzdem aber am 4. April vorbehaltlos den Miethzins für das Quartal vom 1. April 1903 bis 1. Juli 1903 annimmt, nunmehr nur ein neuer mündlicher Miethvertrag vorliegen, auf welchen, da die Parteien ihn bis zum 1. April 1906 haben abschließen wollen, die Vorschrift des § 566 zur Anwendung käme. Dies würde offenbar den Intentionen der Parteien und der Billigkeit widersprechen. Auch liegt Angesichts der im Obligationenrechte herrschenden Vertragsfreiheit kein Bedenken vor, eine Vereinbarung für zulässig und wirksam zu erklären, daß eine erklärte Kündigung als nicht geschehen angesehen werden solle. — Eine solche Zurücknahme der Kündigung wird man auch darin finden müssen, daß der Vermiether nach der Erklärung der Kündigung den Miether noch längere Zeit den Gebrauch fortsetzen läßt. Die Annahme Mittelstein's (§ 66 Anm. 11), daß der Vermiether, welcher auf Grund des § 554 gekündigt hat, vor Ablauf von zwei Wochen die Räumungsklage erheben oder mindestens dem Miether erklären müsse, daß er das Miethverhältniß nicht fortsetzen wolle, widerspricht den Absichten der Parteien und führt zu unannehmbaren Konsequenzen. Nach dieser Ansicht würde, wenn im obigen Beispiele die Kündigung am 2. April erfolgt ist und der Vermiether sodann zwei Wochen lang unthätig geblieben ist, ein auf unbestimmte Zeit verlängertes Miethverhältniß vorliegen, so daß nun auch der Miether zu jedem Quartalsschlusse kündigen könnte! Sein Zahlungsverzug und die Nachsicht des Vermiethers hätten ihm also den Vortheil verschafft, daß er nicht mehr bis zum 1. April 1906 gebunden ist. Dies haben die Parteien sicher nicht gewollt. In dem Umstande, daß der Vermiether trotz der Kündigung den Miether wohnen läßt und dieser den Gebrauch fortsetzt, liegt vielmehr die Vereinbarung, daß die Kündigung als nicht erfolgt gelten, also Alles beim Alten bleiben solle.

[15]) Dies kann dann vorkommen, wenn die Kündigung deswegen erfolgt ist, weil der Miether mit einem Theile des Miethzinses im Verzuge war, wenn z. B. der Miether, der vierteljährlich im Voraus 500 Mark zu zahlen hat, am 1. April und am 1. Juli jedesmal nur 450 Mk. zahlt und wenn nun am 3. Juli die Kündigung erfolgt. Dann ist von den 900 Mk. der Miethzins für die Zeit vom 1. April bis 3. Juli in Abzug zu bringen und der Rest mit Zinsen vom 1. Juli dem Miether zurückzuerstatten.

[16]) Vereinbarungen der Parteien, die diese Vorschrift abändern, sind außerordentlich häufig. Bald muß der Miether den Miethzins für das laufende Quartal, bald für die ganze Vertragsdauer, bald bis zu einer anderweitigen Vermiethung fortentrichten. In allen solchen Bestimmungen ist, da der Miethvertrag aufgehoben ist und daher von der Entrichtung eines Miethzinses keine Rede sein kann, die Vereinbarung einer Vertragsstrafe zu

II. Der Miether darf von der Sache nur den vertragsmäßigen Gebrauch machen.

1. Hält der Miether sich innerhalb der Grenzen des vertragsmäßigen Gebrauchs,[17]) so hat er Veränderungen und Verschlechterungen, welche durch einen solchen Gebrauch herbeigeführt werden, nicht zu vertreten. Er ist, soweit es durch den vertragsmäßigen Gebrauch bedingt wird, auch befugt, Veränderungen der Sache selbst vorzunehmen.[18]) Veränderungen, welche durch den vertragsmäßigen Gebrauch nicht bedingt werden, darf der Miether, selbst wenn sie sich als eine Verbesserung der Sache darstellen, in der Regel nicht vornehmen.[19]) Der Miether haftet nicht nur für jede Verschlechterung der Sache, welche durch einen vertragswidrigen Gebrauch entsteht, sondern er muß auch bei dem vertragsmäßigen Gebrauche jede Fahrlässigkeit (§ 276) vertreten.[20]) Veränderungen und Verschlechterungen, welche weder durch den vertragswidrigen Gebrauch noch durch das Verschulden des Miethers entstehen, hat der Vermiether zu tragen.[21]) — Wenn der Miether auch nicht verpflichtet ist, von der Sache den ihm eingeräumten Gebrauch zu machen,[22]) so muß er dennoch diejenigen Pflichten erfüllen, welche ihm als Miether hinsichtlich der Obhut und der Erhaltung der Sache obliegen.[23])

2. Verletzt der Miether seine Verpflichtung, sich beim Gebrauche der Sache innerhalb der vertragsmäßigen Grenzen zu halten, so ist dem Vermiether das Recht gegeben, auf Unterlassung zu klagen und das Miethverhältniß ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen.

---

erblicken, auf welche geeigneten Falles der § 343 zur Anwendung zu bringen ist. Vergl. Oertmann Anm. 3 zu § 555. — Zu bemerken ist noch, daß der Vermiether, der auf Grund des § 554 gekündigt hat, falls nun etwa die Wohnung eine Zeit leer steht, nicht vom Miether Schadensersatz verlangen kann. Die Beendigung des Miethverhältnisses ist eine Folge der Kündigung Seitens des Vermiethers, es steht in seinem freien Belieben, von diesem Rechte Gebrauch zu machen; die Kündigung hebt den Vertrag pro futuro so auf, als wäre er von diesem Zeitpunkt an nicht geschlossen gewesen. Vergl. auch Mittelstein § 44 unter 4.

[17]) Ueber den Begriff des vertragsmäßigen Gebrauchs vergl. oben § 153 Anm. 5 u. 6.

[18]) Vergl. insbesondere RG. Bd. 37 S. 212 ff. (über die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Miether verlangen kann, daß der Vermiether die Herstellung einer Fernsprechstelle gestattet, vergl. jedoch auch RG. Bd. 49 S. 306 ff.). Es ist eine Thatfrage, „die nach Ort und Zeit, nach allgemeinen Verkehrs- und besonderen Geschäftsverhältnissen, nach der Intention des Miethvertrags, nach persönlichen und sachlichen Rücksichten“ (RG. Bd. 37 S. 217) zu beantworten ist, inwieweit der Miether Eingriffe in die Substanz (z. B. durch Befestigen von Bildern, Anbringung von Geschäftsschildern u. s. w.) vorzunehmen befugt ist. Vergl. Mittelstein § 33, Niendorff § 22 (mit zahlreichen Beispielen aus der Praxis).

[19]) So darf der Miether z. B. keinen Ofen entfernen, keine Wand herausnehmen u. s. w. Vergl. Mittelstein § 33 unter 3, Dernburg II § 219 unter II.

[20]) Die Beweislast trifft den Miether: liegt eine Veränderung oder Verschlechterung der Sache vor, so hat der Miether zu beweisen, daß sie durch den vertragsmäßigen Gebrauch — ohne sein oder seiner Hülfspersonen (§ 278) Verschulden — herbeigeführt worden ist. Vergl. Neumann Anm. 1 zu § 548.

[21]) Man darf aus § 548 nicht den unrichtigen Schluß ziehen, daß der Miether alle Veränderungen und Verschlechterungen, welche durch etwas Anderes als den vertragsmäßigen Gebrauch herbeigeführt werden, zu vertreten habe. Denn Verschlechterungen, welche durch Zufall oder das Einwirken Dritter (außer den Personen des § 278) entstehen, hat der Vermiether zu tragen. Vergl. Dernburg II § 219 unter II. Der Gegensatz zu dem vertragsmäßigen Gebrauche des § 548 ist der vertragswidrige Gebrauch. Für Verschlechterungen, die durch einen solchen Gebrauch entstehen, haftet der Miether schlechthin, ohne daß es noch auf ein Verschulden des Miethers ankommt. Vergl. Oertmann Anm. 1 b zu § 548.

[22]) Vergl. oben Anm. 5.

[23]) Der Miether einer Wohnung kann nicht gezwungen werden, die Wohnung zu beziehen. Trotzdem muß er für Reinigung und Lüftung der Wohnung sorgen. Erfüllt er diese Pflicht nicht, so kann der Vermiether Schadensersatz fordern und in Gemäßheit des § 553 kündigen. Vergl. Mittelstein § 32 unter 1.

§ 550. a) Die Unterlassungsklage ist nicht schon dann gegeben, wenn der Miether einen vertragswidrigen Gebrauch macht, es muß vielmehr noch hinzukommen, daß er diesen Gebrauch trotz einer Abmahnung des Vermiethers fortsetzt.[24]) Die Klage steht dem Vermiether auch zu, wenn der vertragswidrige Gebrauch von Personen ausgeht, für deren Verhalten der Miether dem Vermiether gegenüber verantwortlich ist (Aftermiether, Hausgenossen, Hülfspersonen des § 278). Sie setzt ferner nicht voraus, daß der vertragswidrige Gebrauch ein schuldhafter ist oder daß durch ihn eine Verschlechterung der Sache oder sonst irgend ein Schaden zu befürchten ist.[25]) Die Abmahnung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. Die Vollstreckung des Urtheils erfolgt nach § 890 CPO.

§ 553. b) Das Recht des Vermiethers, das Miethverhältniß ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen, ist noch an die weitere Voraussetzung geknüpft, daß der vom Miether oder von demjenigen, welchem er den Gebrauch, wenn auch befugter Weise, überlassen hat, trotz der Abmahnung fortgesetzte vertragswidrige Gebrauch[26]) die Rechte des Vermiethers in erheblichem Maße[27]) verletzt. Als Beispiele für eine solche erhebliche Verletzung der Rechte des Vermiethers hebt das Gesetz die Fälle hervor, daß der Miether den Gebrauch der Sache unbefugt einem Dritten überlassen hat[28]) und trotz Abmahnung des Vermiethers diesem Dritten den Gebrauch beläßt, und ferner, daß der Miether die ihm hinsichtlich der Sache obliegende Sorgfalt verletzt und dadurch die Sache erheblich gefährdet. Hieraus ergiebt sich, daß eine Verletzung der Rechte

---

[24]) Die Unterlassungsklage des § 550 ist der negatorischen Unterlassungsklage (§ 1004 Abs. 1 S. 2) nachgebildet; hieraus erklärt sich die besondere Voraussetzung. — Die Vorschrift des § 550 hat den Zweck, klarzustellen, daß der Vermiether bei einem vertragswidrigen Gebrauche der Sache durch den Miether nicht darauf beschränkt ist, bei Beendigung des Miethverhältnisses Schadensersatz zu fordern, daß er vielmehr auch während des Bestehens des Miethverhältnisses einschreiten kann (vergl. § 1053, Prot. II S. 187, 188).

[25]) Vergl. oben Anm. 21, ferner Mittelstein § 34, Oertmann Anm. 2 zu § 550.

[26]) In den Prot. II S. 306 ist bemerkt, daß unter vertragswidrigem Gebrauch im § 553 ein subjektiv widerrechtlicher gemeint sei. Dem schließen sich Planck (Anm. 1 zu § 553) und Oertmann (Anm. 1 zu § 553) an. Diese Ansicht kann jedoch nicht als richtig anerkannt werden. Wenn die Protokolle bemerken, daß diese Auffassung dem Sprachgebrauche des Gesetzes entspreche, so trifft dies nicht zu, vielmehr versteht das Gesetz unter „widerrechtlich" (z. B. in den §§ 228, 229, 823, 858) und „rechtswidrig" (§ 227 Abs. 2) immer nur einen objektiven Verstoß gegen das Gesetz (vergl. oben § 68 Anm. 2), demgemäß unter „vertragswidrig" regelmäßig ein objektiv den Vertrag verletzendes Verhalten. Ferner kann unter vertragswidrigem Gebrauch im § 553 nicht etwas Anderes gemeint sein als im § 550. Würde man auch hier ein subjektives Verschulden verlangen, so käme man zu dem unannehmbaren Resultate, daß der Vermiether bei einem nur objektiv vertragswidrigen Gebrauche nicht auf Unterlassung klagen könne, sondern ihn dulden müsse. Aber auch bei § 553 führt die gegentheilige Ansicht zu einem unbilligen Ergebnisse. Nach dieser Ansicht kann der Miether sich damit entschuldigen, daß er entschuldbar der Meinung gewesen sei, der Gebrauch sei kein vertragswidriger. Aber nachdem er abgemahnt worden ist und den Gebrauch trotzdem so fortsetzt, daß er die Rechte des Vermiethers erheblich verletzt, kann er die schädlichen Folgen eines solchen Irrthums nicht auf den Vermiether abwälzen, sondern muß sie selbst tragen. Vergl. Mittelstein § 35, Cosack I § 135 unter III, 2c, Riendorff § 23 unter 2a.

[27]) Dieses Erforderniß beruht auf einem Beschlusse des Reichstags (Stenogr. Ber. S. 2779, 2780), der im Wesentlichen mit Rücksicht darauf gefaßt worden ist, daß in vielen Miethverträgen dem Vermiether das Exmissionsrecht bei jeder Verletzung einer der vielen kleinlichen Bestimmungen der sog. Hausordnung vorbehalten ist. Nun ist die Vorschrift des § 553 nur eine dispositive, welcher vertragliche Abmachungen vorgehen. Aber auch bei derartigen Bestimmungen im Vertrage muß als Wille der Parteien angenommen werden, daß Verstöße gegen die sog. Hausordnung dem Vermiether das Exmissionsrecht nur geben, wenn seine Rechte in erheblichem Maße verletzt werden.

[28]) Vergl. unten § 156 unter 8 (S. 566).

des Vermiethers nicht immer eine drohende Beschädigung der Sache selbst voraussetzt, vielmehr auch ohne eine solche vorliegen kann, wenn z. B. dadurch, daß der Miether ein unsittliches Gewerbe betreibt, das Haus in schlechten Ruf kommt, und ferner, daß eine erhebliche Gefährdung genügt, ohne daß ein Schaden eingetreten zu sein braucht. — Auf das Kündigungsrecht kann der Vermiether auch stillschweigend verzichten. Ein solcher Verzicht liegt vor, wenn er den vertragswidrigen Gebrauch längere Zeit wissentlich duldet. Jedoch ist er auch in diesem Falle befugt, den Miether von einem weiteren vertragswidrigen Gebrauch abzumahnen und, falls dieser trotzdem fortgesetzt wird, vom Kündigungsrechte Gebrauch zu machen.[29]) Durch die Kündigung wird der Vertrag für die Zukunft aufgelöst. Der Miether ist von dem Wirksamwerden der Kündigung an zur Zahlung von Miethzins nicht mehr verpflichtet, ein für eine spätere Zeit im Voraus entrichteter Miethzins ist ihm mit Zinsen zurückzuerstatten (§ 555). Das Recht des Vermiethers, den ihm durch den vertragswidrigen Gebrauch entstandenen Schaden[30]) ersetzt zu verlangen, bleibt hierdurch unberührt.

§ 545. III. Die dem Miether in Ansehung der Sache obliegende Obhut schließt seine Verpflichtung in sich, dem Vermiether Anzeige zu machen, wenn eine Vorkehrung zum Schutze der Sache erforderlich wird.

1. Die Anzeigepflicht liegt dem Miether ob, wenn sich im Laufe der Miethe ein Mangel der Sache zeigt. Gleichgültig ist es, ob es sich um einen Mangel handelt, den der Vermiether zu vertreten hat (§ 537), und ferner, ob der Mangel erst nach Abschluß des Miethvertrags entstanden ist. Voraussetzung ist nur, daß sich ein Mangel zeigt, d. h. so hervortritt, daß er wahrgenommen werden kann. Wenn hiernach auch einerseits der Miether nach Mängeln nicht zu forschen braucht[31]), so ist doch andererseits die Anzeigepflicht nicht von seiner Kenntniß des Mangels abhängig. Hat sich der Mangel gezeigt, so ist der Miether zur Anzeige verpflichtet. Er kann sich von den Folgen der Unterlassung der Anzeige nur durch den Nachweis befreien, daß er den Umstand, in Folge dessen er die Anzeige unterlassen hat, nicht zu vertreten hat (§ 282).[32])

---

[29]) Nur unter ganz besonderen Umständen wird man annehmen können, daß eine stillschweigende Vereinbarung getroffen ist, daß der Vermiether auch für die Zukunft einen bestimmten vertragswidrigen Gebrauch dulden werde, so daß dadurch der vertragswidrige Gebrauch sich in einen vertragsmäßigen verwandelt.

[30]) Für die Schadensersatzforderung des Vermiethers genügt ein rein objektives Verhalten des Miethers nicht, es ist vielmehr ein Verschulden erforderlich, das allerdings nicht der Vermiether zu beweisen braucht. Der Miether kann sich also von der Schadensersatzforderung unter Umständen durch den Nachweis befreien, daß er über die Grenzen des ihm nach dem Vertrage zustehenden Gebrauchs sich in einem entschuldbaren Irrthume befunden habe. — Auch für den Fall des § 553 muß angenommen werden, daß der Vermiether den ihm durch die Auflösung des Vertrags entstandene Schaden nicht ersetzt verlangen kann (vergl. oben Anm. 16). Eine dem § 628 Abs. 2 entsprechende Vorschrift ist bei der Miethe nicht gegeben. Vergl. Mittelstein § 35 unter 2.

[31]) Vergl. Dernburg II § 219 unter III.

[32]) Der Ansicht Planck's (Anm. 4 zu § 545, ebenso Mittelstein § 32 unter 2), daß der Vermiether beweisen müsse, daß und wann der Miether den Mangel gekannt hat oder hat kennen müssen, erscheint nicht zutreffend. Der Vermiether hat nur zu beweisen, daß und wann der Mangel sich gezeigt hat. — A. in Berlin vermiethet seine in Potsdam belegene Villa an B. B. kann sie aus in seiner Person liegenden Gründen (§ 552) nicht beziehen, so daß sie unbewohnt bleibt. Trotzdem hat B. die Pflicht der Obhut und der Anzeige. Durch einen Sturm wird das Dach der Villa schadhaft; durch das eindringende

2. Der Miether hat ferner dem Vermiether Anzeige zu machen, wenn eine Vorkehrung zum Schutze der Sache gegen eine nicht vorhergesehene Gefahr erforderlich wird. Auch hier ist die Anzeige nur davon abhängig, daß das Erforderniß objektiv hervortritt; der Miether kann sich darauf, daß er die Gefahr und das Erforderniß der Vorkehrung nicht gekannt hat, nur berufen, wenn seine Unkenntniß eine unverschuldete ist, wofür ihn die Beweislast trifft.

3. Endlich hat der Miether Anzeige zu erstatten, wenn sich ein Dritter ein Recht an der Sache anmaßt. Ob dieses von dem Dritten angemaßte Recht das Gebrauchsrecht des Miethers beeinträchtigt oder nicht, ist unerheblich; ferner liegt dem Miether die Anzeigepflicht auch dann ob, wenn er selbst auf Grund seiner Besitzrechte das angemaßte Recht abwehrt.[33])

4. Die Anzeige hat in allen Fällen unverzüglich (§ 121 Abs. 1) zu erfolgen: sie ist eine einseitige, empfangsbedürftige, an eine Form nicht gebundene Willenserklärung.

5. Die Unterlassung der Anzeige macht den Miether schadensersatzpflichtig, und zwar muß er dem Vermiether denjenigen Schaden ersetzen, welcher ihm aus der Unterlassung der Anzeige entstanden ist. Kannte der Vermiether den Umstand, den der Miether ihm anzuzeigen verpflichtet ist, so fällt die Schadensersatzpflicht weg, weil in diesem Falle der Schaden nicht durch die Unterlassung der Anzeige entstanden ist. Kannte der Vermiether den erwähnten Umstand aus Fahrlässigkeit nicht, so greift die Vorschrift der § 254 Abs. 1 Platz.

6. Die Unterlassung der Anzeige hat insbesondere die Folge, daß der Miether für diejenige Zeit, für welche ihm, falls er die Anzeige rechtzeitig erstattet hätte, der Gebrauch der Sache nicht entzogen oder geschmälert worden wäre, weder eine Minderung des Miethzinses (§ 537) geltend machen noch Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§ 538) verlangen kann.[34]) Ferner kann der Miether, wenn in Folge des Umstandes, dessen rechtzeitige Anzeige der Miether unterlassen hat, diesem der vertragsmäßige Gebrauch der Sache ganz oder zum Theil entzogen worden ist, zwar von dem Kündigungsrechte des § 542 Gebrauch machen, er muß aber dem Vermiether eine angemessene Frist zur Bewirkung der Abhülfe selbst dann stellen, wenn die Erfüllung des Vertrags für ihn kein Interesse hat.[35])

§ 156. Die Ueberlassung des Gebrauchs an einen Dritten.

§ 549.

1. Der Grundsatz der freien Uebertragbarkeit der Rechte[1]) ist hinsichtlich der durch den Miethvertrag für den Miether begründeten Befugnisse beschränkt.

Regenwasser wird die Villa erheblich beschädigt. B. war verpflichtet, den Mangel, der sich gezeigt hatte, dem A. anzuzeigen und ist ihm wegen des Unterlassens der Anzeige schadensersatzpflichtig.

[33]) Vergl. oben § 153 unter 1 (S. 545, 546).

[34]) Durch einen Rohrbruch ist ein Zimmer der gemietheten Wohnung unbenutzbar geworden. Hätte der Miether die Anzeige sofort erstattet, so hätte die Reparatur in zwei Tagen erfolgen können und hätte einen Kostenaufwand von 50 Mark erfordert. Der Miether erstattet die Anzeige erst am folgenden Tage. In Folge dessen hat der Schaden einen größeren Umfang angenommen. Die Reparatur erfordert 5 Tage und einen Kostenaufwand von 200 Mark. Der Miether muß dem Vermiether 150 Mark Schadensersatz zahlen und kann den verhältnißmäßigen Miethzins nur für zwei Tage in Abzug bringen.

[35]) Unberührt bleibt das Recht des § 544. (Vgl. Oertmann Anm. 3 zu § 544.) Wird in Folge der Unterlassung der Anzeige die Wohnung gesundheitsgefährlich (z. B. der Miether zeigt dem Vermiether nicht an, daß Feuchtigkeit in die Wohnung eindringt; es bildet sich durch das fortgesetzte Eindringen der Feuchtigkeit Schwamm, der so überhand nimmt, daß die Wohnung unbewohnbar wird), so kann der Miether zwar kündigen, er ist aber dem Vermiether schadensersatzpflichtig.

[1]) Vergl. oben § 117 unter III (S. 438).

Der Vermiether legt auf die persönlichen Verhältnisse des Miethers in der Regel ein entscheidendes Gewicht; der Miether ist daher nur mit Erlaubniß des Vermiethers berechtigt, den ihm kraft des Vertrags zustehenden Gebrauch der gemietheten Sache[2]) einem Dritten zu überlassen[3]).

2. Die Erlaubniß[4]) des Vermiethers ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, welche an eine Form nicht gebunden ist. Sie kann daher auch stillschweigend ertheilt werden.

3. Die Vorschriften des § 549 sind nur dispositiv. Ist zwischen den Parteien, vereinbart (beim Abschlusse des Miethvertrags oder durch ein späteres Abkommen), daß dem Miether das Recht der Gebrauchsüberlassung zusteht, so ist damit die Vorschrift des § 549 Abs. 1 Satz 1 außer Kraft gesetzt; der Miether bedarf in diesem Falle der Erlaubniß des Vermiethers nicht[5]). Ist vereinbart, daß dem Miether das Recht der Gebrauchsüberlassung nicht zusteht, so hat er bei Verweigerung der Erlaubniß auch das Kündigungsrecht des § 549 Abs. 1 nicht[6]).

4. Die Vorschrift des § 549 bezieht sich auf jeden Vertrag, welcher auf die gänzliche oder theilweise Ueberlassung des dem Miether zustehenden Gebrauchs gerichtet ist[7]). Dieser Vertrag kann entweder eine Abtretung der

---

[2]) Die Bestimmungen des § 549 gelten auch für die Miethe beweglicher Sachen. Wer z. B. ein Buch aus einer Leihbibliothek entnommen hat, darf es nicht einem Dritten überlassen, auch nicht unentgeltlich. Dem Vermiether des Buches steht gegen den Dritten nicht nur die Eigenthumsklage, sondern nach Beendigung des Miethverhältnisses auch die Vertragsklage aus § 556 Abs. 3 zu.

[3]) Die sonstigen Rechte des Miethers, z. B. sein Anspruch auf Schadensersatz (§ 538), auf Ersatz seiner Verwendungen (§ 547), sind natürlich übertragbar.

[4]) Vergl. über den Begriff oben § 56 Anm. 3 (S. 222). Es handelt sich nicht um eine Zustimmung im Sinne der §§ 182 ff., da die Ertheilung oder die Verweigerung der Erlaubniß auf das Rechtsverhältniß zwischen dem Miether und dem Dritten ohne Einfluß ist, es sei denn, daß der zwischen diesen Personen geschlossene Vertrag von der Ertheilung der Erlaubniß abhängig gemacht ist.

[5]) Es ist eine unrichtige Auffassung, in einer solchen Vereinbarung nur die generelle Erlaubnißertheilung im Sinne des § 549 zu finden, diese Abmachung hat vielmehr die Bedeutung, daß § 549 Abs. 1 überhaupt ausgeschlossen sein soll. Dieser Ausschluß kann auch stillschweigend erfolgen, z. B. bei Vermiethung einer Wohnung zu einem Pensionat.

[6]) Abweichend Dernburg (II § 221 unter I 8), welcher annimmt, daß durch ein solches in Miethverträgen enthaltenes Verbot des Aftervermiethens „nur die gesetzlichen Bestimmungen wiederholt und eingeschärft werden". (Vergl. Mittelstein § 67 Anm. 14.) Diese Annahme erscheint jedoch nicht zutreffend. Ist vertraglich dem Miether die Gebrauchsüberlassung ein für alle Mal untersagt, so kann er vom Vermiether auch nicht die Ertheilung der Erlaubniß verlangen und bei deren Verweigerung kündigen. Vergl. Oertmann Anm. 5 zu § 549. Ertheilt trotz einer solchen Vertragsbestimmung der Vermiether die Erlaubniß, so bleibt diese eine einseitige, an eine Form nicht gebundene Willenserklärung. Eine Aenderung des Vertrags, welche, falls der Vertrag der Schriftform unterworfen war, gleichfalls schriftlich erfolgen müßte (s. oben § 152 unter III), liegt nicht vor. Mittelstein § 67 unter 3. — Anders liegt der Fall, wenn, wie es häufig vorkommt, in dem Miethvertrage bestimmt ist, daß eine Untermiethe nur mit schriftlicher Erlaubniß des Vermiethers gestattet ist. Durch eine solche Vereinbarung ist der § 549 nur dahin geändert, daß die Erlaubniß an eine Form gebunden ist, im Uebrigen ist die gesetzliche Bestimmung aufrecht erhalten. Der Miether kann also kündigen, wenn der Vermiether sich grundlos weigert, die Erlaubniß, und zwar schriftlich, zu ertheilen.

[7]) Ueberlassung des Gebrauchs bezeichnet nicht sowohl die rechtliche Natur des zwischen dem Miether und dem Dritten geschlossenen Vertrags, als vielmehr dessen wirthschaftlichen Effekt. Die Vorschriften des § 549 kommen somit auf jeden Vertrag zur Anwendung, durch den dieser wirthschaftliche Effekt erreicht werden soll, gleichgültig, wie der Vertrag rechtlich charakterisirt wird. Die Ausführung Oertmanns (Anm. 2 zu § 549), daß Gebrauchsüberlassung eine Cession der dem Miether zustehenden Rechte, die Unter-

obligatorischen Rechte des Miethers gegen den Vermiether oder ein Vertrag sein, durch welchen der Miether seinerseits die selbständige Verpflichtung übernimmt, dem Dritten den Gebrauch der Sache zu gewähren, sei es entgeltlich (Untermiethe), sei es unentgeltlich (Leihe)[8]. Liegt der Gebrauchsüberlassung eine Abtretung der Rechte des Miethers zu Grunde[9], so kommen, falls die Ueberlassung mit Erlaubniß des Vermiethers erfolgt ist, die allgemeinen für die Uebertragung von Rechten geltenden Vorschriften (§§ 398 ff.) zur Anwendung. Der Dritte tritt als neuer Gläubiger in ein direktes Verhältniß zum Vermiether, er kann alle aus dem Miethvertrage begründeten und auf ihn übergegangenen Rechte unmittelbar gegen den Vermiether geltend machen. Dagegen erlangt, wie es immer bei der Abtretung von Rechten aus einem gegenseitigen Vertrage der Fall ist, der Vermiether keine direkten Ansprüche gegen den Dritten, vielmehr bleibt dem Vermiether lediglich sein Mitkontrahent, der ursprüngliche Miether, verhaftet. Unmittelbare Ansprüche gegen den Dritten kann der Vermiether nur durch ein besonderes Abkommen mit dem Dritten erlangen. Aber wenn auch dieser sich dem Vermiether zur Erfüllung des Miethvertrags verpflichtet, so wird doch dadurch allein der Miether nicht frei, vielmehr haften beide, der Miether und der Dritte, dem Vermiether als Gesammtschuldner. Frei wird der ursprüngliche Miether nur durch eine Schuldübernahme im Sinne der §§ 414, 415[10].

---

vermiethung „dagegen" ein neuer Miethvertrag sei, ist unzutreffend. Gebrauchsüberlassung und Untermiethe sind keine Gegensätze, die Untermiethe ist vielmehr eine Art der Gebrauchsüberlassung.

[8]) Aber nicht jede unentgeltliche Aufnahme anderer Personen in die Miethwohnung ist eine Gebrauchsüberlassung im Sinne des § 549. Wenn der Miether seine Familienmitglieder, seine Dienstboten in die Wohnung aufnimmt, wenn er Verwandte, Freunde vorübergehend bei sich beherbergt, so überläßt er nicht seinen Gebrauch einem Anderen, er übt vielmehr selbst seinen Gebrauch aus. Vergl. Oertmann 2 zu § 549. Für die Entscheidung der Frage, ob in solchen und ähnlichen Fällen eine Gebrauchsüberlassung im Sinne des § 549 vorliegt oder nicht, wird der Gesichtspunkt maßgebend sein, ob die betreffende Person zu dem Miether in einem Verhältnisse des § 855 steht. Ist dies der Fall, so hat der Miether den Besitz der Sache behalten und es liegt eine Gebrauchsüberlassung nicht vor, denn diese setzt ihrem Begriffe nach voraus, daß dem Dritten auch der Besitz, mindestens der Mitbesitz, übertragen ist. Vergl. Neumann Anm. 2 und 3 § 549.

[9]) Vergl. insbes. RG. Bd. 13 S. 11 ff. Unerheblich ist es für die Anwendung des § 549, welches Kausalgeschäft der Abtretung zu Grunde liegt. Es kann Kauf, Tausch, Schenkung u. s. w. sein. Dieses Kausalgeschäft ist für die Rechtsverhältnisse des Miethers zum Dritten von Erheblichkeit. A. hat einen langjährigen, außerordentlich günstigen Miethvertrag über ein Geschäftslokal geschlossen. Er giebt sein Geschäft auf und überträgt seinen Miethvertrag gegen eine Abfindung von 1000 Mark an B. Das zwischen A. und B. geschlossene Kausalgeschäft ist ein Kauf: A. hat seine Miethrechte an B. verkauft, das obligatorische Verhältniß der Parteien regelt sich nach den §§ 433 ff. Die Erfüllung dieses Kaufvertrags durch A. erfolgt dadurch, daß er die Rechte aus dem Miethvertrage dem B. abtritt (§ 398 ff.). Da diese Abtretung eine Gebrauchsüberlassung enthält, kommt § 549 zur Anwendung.

[10]) Dieses Rechtsverhältniß kommt häufig dann vor, wenn Jemand sein Geschäft verkauft und der Käufer auch in den Miethvertrag eintritt. Diese Gebrauchsüberlassung ist keine Untermiethe, sondern eine Abtretung der Gebrauchsrechte. Sie kann nach § 549 nur mit Erlaubniß des Vermiethers erfolgen. Ertheilt der Vermiether die Erlaubniß, so hat er damit nichts weiter erklärt, als daß die Abtretung erfolgen könne, eine Genehmigung der zwischen dem Miether und dem Dritten vereinbarten Schuldübernahme im Sinne des § 415 liegt nicht vor, der Miether ist daher nicht frei, er bleibt vielmehr dem Vermiether verhaftet (vergl. JW. 1896 S. 450 Nr. 57). Neben ihm haftet regelmäßig auch der Dritte, denn indem er dem Vermiether gegenüber die Erklärung abgiebt, daß er in den Vertrag eintritt, erklärt er, daß er auch ihm gegenüber die Pflichten aus dem Miethvertrag übernimmt.

5. Ist der zwischen dem Miether und dem Dritten geschlossene, auf die Gebrauchsüberlassung gerichtete Vertrag ein Miethvertrag, so tritt der Dritte grundsätzlich in keinerlei rechtliche Beziehungen zum Vermiether, selbst wenn die Untervermiethung mit Erlaubniß des Vermiethers erfolgt ist. Der Dritte hat vom Miether, nicht vom Vermiether gemiethet; zwischen dem Dritten, dem Untermiether, und dem Miether besteht ein selbständiges Miethverhältniß[12].

6. Verweigert der Vermiether die Erlaubniß zur Gebrauchsüberlassung, so ist der Miether berechtigt, das Miethverhältniß unter Einhaltung der gesetzlichen Frist (§ 565) zu kündigen. Dieses Recht steht ihm jedoch dann nicht zu, wenn in der Person des Dritten ein wichtiger Grund für die Verweigerung der Erlaubniß vorliegt[13]. Die Beweislast hierfür trifft den Vermiether.

7. Ist die Gebrauchsüberlassung mit Erlaubniß des Vermiethers erfolgt, so bleibt dennoch der Miether dafür verantwortlich, daß von der Sache nur der vertragsmäßige Gebrauch gemacht wird[14]. Fällt dem Dritten bei diesem Gebrauch ein Verschulden zur Last, so hat der Miether dieses Verschulden dem Vermiether gegenüber zu vertreten[15]. Ein direktes Klagerecht des Vermiethers gegen den Dritten wegen Beschädigung der Sache ist nur nach den Grundsätzen der Schadensersatzpflicht für unerlaubte Handlungen gegeben. — Macht der Dritte einen vertragswidrigen Gebrauch, so hat der Vermiether gegen den Miether[16] die Unterlassungsklage des § 550 und das Kündigungsrecht des § 553[17].

8. Hat der Miether ohne Erlaubniß des Vermiethers den Gebrauch

---

[12]) Es steht daher dem Vermiether kein Pfandrecht an den Sachen des Dritten zu, wohl aber hat der Miether dieses Pfandrecht.

[13]) Ein solcher Grund wird insbesondere dann vorliegen, wenn der Vermiether mit Recht besorgen kann, daß der Dritte einen vertragswidrigen Gebrauch im Sinne des § 553 von der Sache machen wird (vgl. ALR. I 21 § 311: wenn der einzunehmende Untermiether ein unehrbares oder ein dem Hause oder der Wohnung schädliches Gewerbe treibt). Vgl. ferner Prot. II S. 184, 185. Da dem Vermiether ein Prüfungsrecht hinsichtlich der Person des Dritten zusteht, so ist es erforderlich, daß der Miether ihm die Person, welcher er den Gebrauch überlassen will, namhaft macht. Ist dies nicht geschehen, so braucht der Vermiether eine Erklärung nicht abzugeben. Andererseits steht das Kündigungsrecht dem Miether dann zu, wenn der Vermiether ihm erklärt, daß er seine Erlaubniß zur Gebrauchsüberlassung überhaupt verweigere. RG. Bd. 41 S. 247 ff. — Da der Vermiether erst Erkundigungen über die Persönlichkeit des Dritten einziehen muß, so muß ihm zur Erklärung eine angemessene Frist bewilligt werden. Giebt der Vermiether aber, obwohl die angemessene Frist bereits verstrichen war, keine Erklärung ab, so wird man hierin eine Verweigerung der Erlaubniß erblicken müssen (Neumann Anm. 4 zu § 549). — Der Annahme Oertmanns, daß der Vermiether die Erlaubniß zurücknehmen kann, wenn hinterher ein wichtiger Grund für die Verweigerung eintritt (Anm. 4b zu § 549), kann nicht beigestimmt werden. Der Vermiether wird dessen in der Regel auch nicht bedürfen. Die §§ 550, 553 schützen ihn zur Genüge.

[14]) Es versteht sich von selbst, daß der Miether nur „den Gebrauch", d. h. denjenigen, welcher ihm vertragsmäßig zusteht, dem Dritten überlassen kann. Durch die Ueberlassung des Gebrauchs an einen Andern darf also nie, selbst wenn sie mit Erlaubniß des Vermiethers erfolgt ist, eine Veränderung im Gebrauche zum Nachtheile des Vermiethers eintreten. M. II S. 396.

[15]) Diese Vorschrift des § 549 Abs. 2 ist eine Konsequenz des § 278. Der Miether, der den Gebrauch einem Dritten überläßt, bedient sich dieses Dritten zur Erfüllung der ihm hinsichtlich der Sache obliegenden Pflichten. Vgl. oben § 84 Anm. 45 (S. 327).

[16]) Eine direkte Klage des Vermiethers gegen den Dritten wäre nur auf Grund des § 1004 zulässig.

[17]) Die Abmahnung in den Fällen der §§ 550 und 553 muß an den Miether, nicht an den Dritten, erfolgen. Vgl. Mittelstein § 34 Anm. 12, A. M. Oertmann Anm. 2 zu § 553.

einem Dritten überlassen, so hat er dadurch einen vertragswidrigen Gebrauch von der Sache gemacht. Er muß somit dem Vermiether für den Schaden aufkommen, welcher aus der Gebrauchsüberlassung entstanden ist, — gleichgültig, ob ein Verschulden des Dritten vorliegt oder nicht, — falls nicht der Miether beweist, daß der Schaden auch entstanden wäre, wenn er dem Dritten den Gebrauch nicht überlassen hätte[18]). Der Vermiether kann ferner, in Gemäßheit des § 550, vom Miether verlangen, daß er dem Dritten den Gebrauch wieder entzieht[19]), und er kann, wenn der Miether trotz einer Abmahnung dem Dritten den Gebrauch beläßt, dem Miether das Miethverhältniß ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen (§ 553).

9. Das Gebrauchsrecht des Dritten endet dem Vermiether gegenüber unter allen Umständen mit der Beendigung des Miethverhältnisses zwischen dem Vermiether und Miether, gleichgültig, wodurch die Beendigung herbeigeführt ist. Das obligatorische Recht des Dritten gegen den Miether bleibt jedoch bestehen, wie denn überhaupt die Rechte des Dritten gegen den Miether davon unabhängig sind, ob die Gebrauchsüberlassung mit oder ohne Erlaubniß des Vermiethers erfolgt ist[20]).

§ 556 Abs. 3

10. Obwohl dem Vermiether als solchem ein unmittelbarer Anspruch gegen den Dritten nicht zusteht, ist ihm doch ausnahmsweise[21]) das Recht gegeben, nach Beendigung des Miethverhältnisses die Sache auch von dem Dritten zurückzufordern. Die Voraussetzung dieser Klage ist, daß das Miethverhältniß selbst aus irgend einem Grunde beendet ist[22]). Die Klage gegen den Dritten ist eine Klage aus dem Vertrage zwischen dem Vermiether und dem Miether[23]), der Dritte kann somit dem Vermiether Einwendungen aus seinem Rechtsverhältnisse zum Miether nicht entgegensetzen, wohl aber kann er sich aller Einwendungen bedienen, die dem Miether zustehen.

---

[18]) Vgl. M. II S. 397, Planck Anm. 4a zu § 549.

[19]) Ein direktes Klagerecht gegen den Dritten auf Räumung kann der Vermiether nur auf § 986 BGB. gründen.

[20]) Welche Ansprüche der Dritte gegen den Miether hat, hängt davon ab, auf Grund welches Vertrags die Gebrauchsüberlassung erfolgt ist. Liegt Untermiethe vor, so stehen dem Dritten gegen den Miether die Ansprüche aus § 537 ff. folgende zu, wobei insbesondere die §§ 541, 539 Abs. 1 zu beachten sind. Weiß also der Dritte, daß derjenige, welcher ihm den Gebrauch überläßt, nur ein Miether der Sache ist, so stehen ihm die Rechte der §§ 537, 538 nicht zu, es sei denn, daß der Miether sich zur Beschaffung der Erlaubniß verpflichtet oder für deren Ertheilung die Garantie übernommen hat. — Handelt es sich um eine Abtretung der Gebrauchsrechte, so kommt es wieder auf das Kausalgeschäft an, welches dieser Abtretung zu Grunde liegt. Ist dieses Kausalgeschäft ein Kauf des Gebrauchsrechts, so stehen dem Dritten die Ansprüche aus den §§ 434 ff. zu, wobei wieder § 439 Abs. 1 zu beachten ist.

[21]) Vergl. Prot. II S. 190. Ohne die besondere Vorschrift des § 556 Abs. 3 wäre der Vermiether nur berechtigt, auf Grund des Eigenthums (§ 985) oder eines sonstigen dinglichen Rechtes (z. B. des Nießbrauchs § 1065) gegen den Dritten auf Räumung zu klagen. Ein bloß persönlich berechtigter Vermiether hätte kein Klagerecht gegen den Dritten. Eine Klage gegen den Dritten auf Räumung ist aber erforderlich, da das gegen den Miether ergangene Räumungsurtheil gegen den Dritten nicht wirksam und vollstreckbar ist.

[22]) Mag auch die Beendigung willkürlich durch den Miether herbeigeführt worden sein. Die in dem Rechtsstreite zwischen dem Vermiether und dem Miether festgestellte Beendigung des Miethverhältnisses macht jedoch dem Dritten gegenüber nicht Rechtskraft.

[23]) Das ergiebt sich aus dem Worte „auch" im Abs. 3. Die Klage ist rechtlich dahin zu konstruieren, daß kraft positiver Vorschrift für die vertragliche Verpflichtung des Miethers zur Zurückgabe der Sache der Dritte als Solidarschuldner haftet. (Aehnlich Oertmann Anm. 3 zu § 556.) Zuständig für die Klage gegen den Untermiether ist das Amtsgericht ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes (§ 23 GVG.). Ebenso kommen die §§ 257, 709 Nr. 1, 721 CPO. zur Anwendung.

§ 157. Das Pfandrecht des Vermiethers. Die Entstehung des Pfandrechts.

§ 559. Der Vermiether eines Grundstücks hat kraft Gesetzes ein Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Miethers zur Sicherung für seine Forderungen aus dem Miethverhältnisse.

I. Das dem Vermiether gegebene Recht ist ein gesetzliches Pfandrecht. Wenn der § 1257 vorschreibt, daß auf das gesetzliche Pfandrecht die Vorschriften über das rechtsgeschäftlich bestellte Pfandrecht zur entsprechenden Anwendung kommen, so bezieht diese Bestimmung sich doch nur auf ein kraft Gesetzes entstandenes Pfandrecht, setzt also voraus, daß das Pfandrecht bereits in Gemäßheit derjenigen gesetzlichen Vorschrift, auf welcher es beruht, entstanden ist. Es ergiebt sich hieraus, daß die Vorschriften, welche für die Bestellung eines Pfandrechts durch Rechtsgeschäft gegeben sind, auf die Entstehung des gesetzlichen Pfandrechts nicht anzuwenden sind. Unter welchen Voraussetzungen das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers zur Entstehung gelangt, ist somit einzig und allein nach dem § 559 zu beurtheilen.[1])

Hieraus ergiebt sich:

1. Das Pfandrecht steht dem Vermiether und zwar dem Vermiether eines Grundstücks zu[2]). Es setzt somit einen rechtsbeständigen Miethvertrag voraus. Ist der Miethvertrag nichtig oder anfechtbar und angefochten, so ist auch das Pfandrecht nicht zur Entstehung gelangt, ebenso, wenn der Vertrag durch die Ausübung eines Rücktrittsrechts wieder aufgelöst wird[3]).

2. Das Pfandrecht besteht nur an den Sachen des Miethers. Sachen dritter Personen, insbesondere Sachen, die der Ehefrau oder den Kindern des Miethers gehören, sind dem Pfandrechte des Vermiethers nicht unterworfen, ohne daß es darauf ankommt, ob der Vermiether sich hinsichtlich der Frage, ob die eingebrachten Sachen dem Vermiether gehören oder nicht[4]), in gutem Glauben befand. Die Sachen des Miethers sind aber sämmtlich — mit Ausnahme der unpfändbaren[5]) — dem Pfandrecht unterworfen, gleichgültig, welchen

---

[1]) Vergl. M. II S. 405, Planck Anm. 1 zu § 559, Neumann Anm. 2 zu § 1257.

[2]) Vergl. hierüber oben § 152 Anm. 2.

[3]) Vergl. oben § 102 unter III (S. 401). Anders jedoch beim Eintritt einer Resolutivbedingung, da dieser nur ex nunc wirkt (§ 158 Abs. 2).

[4]) Vergl. M. II S. 404, 405, Prot. II S. 200—205, insbes. S. 204, Planck, Anm. 2c zu § 559, Dernburg II § 229 unter II, 3d, Neumann Anm. 3 zu § 559. Die entgegengesetzte Ansicht von Scherer (DJZ. 1900 S. 202) und Staub (Anm. 58 zu § 366 HGB.) beruht auf der irrigen Annahme, daß in Folge der Vorschrift des § 1257 alle für das rechtsgeschäftliche Pfandrecht gegebenen Vorschriften, somit auch die des § 1207, für das gesetzliche Pfandrecht gelten. Vergl. hierüber Goldmann in den Bl. f. R. 1900 S. 56. Vgl. ferner DJZ. 1900 S. 225, 479, JW. 1901 S. 879. — Auch durch die bloße Zustimmung des Dritten, z. B. der Ehefrau, kann das Pfandrecht des Vermiethers nicht auf die Sachen des Dritten erstreckt werden, denn es würde sich dann um die rechtsgeschäftliche Bestellung des Pfandrechts handeln, die nur durch Besitzübertragung nach den §§ 1205, 1206 erfolgen könnte. Diese im Verhältnisse zum preuß. Rechte (vgl. Deklaration vom 21. Juli 1846) günstigere Stellung der Ehefrau des Miethers hat zur Folge, daß die Vermiether vielfach, um das Pfandrecht auch an den Sachen der Frau zu erwerben, verlangen, daß diese den Miethvertrag mit abschließe. Dadurch entsteht für die Frau der Nachtheil, daß sie allen Verpflichtungen des Miethers unterworfen ist, daß sie nicht nur mit ihren eingebrachten Sachen, sondern mit ihrem ganzen Vermögen haftet, daß ihr insbesondere beim Tode des Mannes das Kündigungsrecht aus § 569 nicht zusteht. Es wird daher in der Praxis darauf zu achten sein, daß, falls der Vermiether verlangt, daß die Frau den Vertrag als Mietherin mit abschließt, wenigstens der Frau im Falle des Todes des Mannes ein Kündigungsrecht vorbehalten wird.

[5]) § 811 CPO. Auch diejenigen Sachen, die zwar unpfändbar sind, aber nach § 1 Abs. 2 KO. zur Konkursmasse gehören, sind von dem Pfandrechte des Vermiethers

Zwecken die Sachen dienen, ob sie, wie Einrichtungsgegenstände, dazu bestimmt sind, dauernd in der Wohnung zu bleiben, oder ob sie, wie Kaufmannswaaren, baares Geld, Inhaberpapiere[6]), nur vorübergehend eingebracht sind. Sind die Sachen des Miethers mit einem dinglichen Rechte, z. B. einem Pfändungspfandrecht oder einem noch bestehenden Pfandrecht eines Vermiethers belastet[7]), so geht dieses Recht dem Pfandrechte des Vermiethers vor, auch wenn er hinsichtlich dieses Rechtes in gutem Glauben war.

3. Das Pfandrecht entsteht mit der Einbringung der Sachen. Es ist nicht erforderlich, daß die Sachen bereits in die gemietheten Räume selbst gebracht sind, es genügt vielmehr, daß sie zum Zwecke des Einbringens auf das Grundstück geschafft worden sind[8]). Wird der Miethvertrag erst nach der Einbringung geschlossen, so entsteht das Pfandrecht erst mit dem Abschlusse des Vertrags. Erwirbt der Miether das Eigenthum an den eingebrachten Sachen erst nach der Einbringung, so entsteht das Pfandrecht mit dem Eigenthumserwerbe.

4. Das Pfandrecht steht dem Vermiether für seine Ansprüche aus dem Miethverhältnisse zu, nicht nur für die Miethzinsforderung selbst, sondern auch für alle anderen auf das Miethverhältniß sich gründenden Forderungen, insbesondere für Schadensersatzansprüche, sei es wegen Beschädigung der Wohnung, sei es wegen sonstiger Nichterfüllung der dem Miether obliegenden Pflichten, und ebenso für die in dem Miethvertrage vereinbarte Vertragsstrafen[9]). Liegen dem Vermiether außer der Gewährung des Gebrauchs der Wohnung noch besondere Nebenleistungen ob, so steht ihm für das Entgelt für diese Nebenleistungen das Pfandrecht dann zu, wenn es sich um einen einheitlichen Miethvertrag handelt[10]). Das Pfandrecht kann jedoch nur für den Miethzins für das zur Zeit der Geltendmachung des Pfandrechts laufende und das folgende

---

frei (vergl. Prot. II S. 206). Dagegen erstreckt das Pfandrecht sich auf die Sachen des § 812 CPO. Dieser Paragraph enthält nur eine Ordnungsvorschrift. Eine gegen § 811 CPO. verstoßende Pfändung ist unwirksam und begründet kein Pfandrecht; eine Pfändung trotz § 812 giebt ein Pfandrecht, denn die Sachen sind an sich pfändbar, das Pfandrecht besteht, bis die Pfändung aufgehoben wird. Vergl. Neumann Anm. 3b zu § 559. A. M. Oertmann Anm. 2c zu § 559.

[6]) Dagegen erstreckt das Pfandrecht sich nicht auf Urkunden, welche nicht Träger eines Rechtes sind, wie Hypothekenbriefe, Versicherungspolizen, Schuldscheine. Auch ein Surrogationsprinzip gilt nicht. Steht dem Miether für den Verlust oder die Beschädigung einer eingebrachten Sache ein Anspruch gegen einen Dritten zu, so ist dieser Anspruch dem Pfandrechte nicht unterworfen, da dieses auf Forderungen sich überhaupt nicht erstreckt. Der § 281 kommt nicht zur Anwendung, da der Miether hinsichtlich der eingebrachten Sachen nicht Schuldner im Sinne dieser Vorschrift, nicht zu ihrer Herausgabe an den Vermiether verpflichtet ist. Vergl. Mittelstein 550 Anm. 1a.

[7]) Hat z. B. der Miether eingebrachte Sachen heimlich entfernt (§ 561) und in eine andere Miethwohnung eingebracht, so geht der erste Vermiether dem zweiten vor.

[8]) Vergl. Mittelstein § 49 unter 5. A.M. Leske S. 235 Anm. 2.

[9]) Auch die Kosten eines Prozesses, der über das Miethverhältniß oder über einen Anspruch aus diesem geführt worden ist, sind eine Forderung aus dem Miethverhältnisse.

[10]) Ob dies der Fall ist, ist Thatfrage. Werden einem Chambregarnisten gegen besonderes Entgelt Heizung, Beleuchtung, Bedienung, Morgenkaffee geliefert, so handelt es sich, da diese Nebenleistungen von dem Vermiether möblierter Zimmer regelmäßig übernommen werden, um ein einheitliches Miethverhältniß. Besorgt aber der Vermiether dem Chambregarnisten auch die Wäsche und giebt er ihm weitere Verpflegung (Mittagessen, Abendbrot), so sind die hierdurch begründeten Ansprüche keine Ansprüche aus dem Miethverhältnisse, sondern aus besonderen, neben dem Miethvertrag eingegangenen Vertragsverhältnissen. Vergl. Mittelstein § 6 unter 11.

Miethjahr, nicht aber für eine spätere Zeit geltend gemacht werden[11]), und ebenso nicht für eine Entschädigungsforderung, welche zur Zeit der Geltendmachung des Pfandrechts noch nicht fällig ist[12]). Einem Gläubiger des Miethers gegenüber, für welchen eine dem Pfandrechte des Vermiethers unterliegende Sache gepfändet worden ist[13]), ist die Geltendmachung des Pfandrechts noch weiter[14]) dahin eingeschränkt, daß es höchstens wegen des Miethzinses für das letzte Jahr vor der Pfändung geltend gemacht werden kann. Dieselbe Einschränkung gilt gegenüber den Konkursgläubigern des Miethers (§ 49 Nr. 2 KO.)

§ 563

§ 158. Das Erlöschen des Pfandrechts.

§ 560. I. Wie die Entstehung des Pfandrechts des Vermiethers von der Einbringung der Sachen auf das Grundstück abhängig ist, so ist seine Fortdauer dadurch bedingt, daß die Sachen auf dem Grundstücke verbleiben. Es erlischt daher, wenn die Sachen von dem Grundstück entfernt werden.

---

[11]) Es entscheidet das Miethjahr, nicht das Kalenderjahr; auf die Fälligkeit des Miethzinses und ob er prae- oder postnumerando zu zahlen ist, kommt es nicht an. Die Geltendmachung kann also höchstens erfolgen für den Miethzins zweier Jahre abzüglich des für das laufende Miethjahr etwa schon bezahlten Miethzinses. Es ist ferner zu beachten, daß die jedesmalige Geltendmachung des Pfandrechts entscheidet. A. hat vom 1. April 1901 ab eine Wohnung auf 4 Jahre für den Miethzins von 1000 M. jährlich gemiethet. Im März 1902 will er die Wohnung unter Mitnahme seiner Mobilien verlassen. Der Vermiether verlangt die Hinterlegung (§ 562) von 1000 M., d. h. des Miethzinses für die Zeit vom 1. April 1902 bis 1. April 1903, da A. für die Zeit vom 1. April 1901 bis 1. April 1902 den Miethzins bereits bezahlt hatte. Da A. diese 1000 M. nicht hinterlegen kann, bleibt er vorläufig in der Wohnung. Am 1. April 1902 zahlt er 250 M. Miethe für das Quartal vom 1. April bis 1. Juli 1902 und will nun im April 1902 die Wohnung verlassen. Jetzt kann der Vermiether die Hinterlegung von 1750 M. verlangen, nämlich des Miethzinses für das laufende Miethjahr (bis 1. April 1903) und das folgende Miethjahr (bis 1. April 1904).

[12]) Es handelt sich insbesondere um die Schadensersatzansprüche wegen vertragswidrigen Gebrauchs, wegen Veränderungen und Verschlechterungen der Sache und wegen unterlassener Anzeige (§ 545 Abs. 2). — In Miethverträgen ist häufig bestimmt, daß der Miether, falls er die Exmission verwirkt, sei es wegen Nichtzahlung des Miethzinses, sei es wegen Verletzung der Hausordnung, für den Ausfall am Miethzinse für die ganze Vertragsdauer verhaftet bleibt. Auch dies ist eine Entschädigungsforderung. Es kann das Pfandrecht wegen dieser Forderung nur insoweit geltend gemacht werden, als sie zur Zeit der Geltendmachung fällig, also ein Ausfall bereits eingetreten ist.

[13]) In Gemäßheit des § 805 CPO. kann der Vermiether der Pfändung der seinem Pfandrecht unterliegenden Sachen nicht widersprechen. Er muß die Pfändung, also die Besitznahme durch den Gerichtsvollzieher (§ 808 COP.), und demgemäß die Entfernung und die Versteigerung dulden. Er kann sein Pfandrecht nur in der Weise geltend machen, daß er vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse verlangt. Steht ihm somit ein Widerspruchsrecht nicht zu, so kann ein unterlassener Widerspruch ihm auch nicht schädlich sein. Die häufig vertretene Ansicht, daß der Vermiether, der die Pfändung, die Entfernung und die Versteigerung der Sachen widerspruchslos duldet, seinen Anspruch gegen den Pfändungspfandgläubiger verliere, ist somit irrig. Vergl. unten § 158 Anm. 9.

[14]) Im Uebrigen gelten die Vorschriften des § 559 auch dem Pfändungspfandgläubiger gegenüber. Auch ihm gegenüber kann das Pfandrecht wegen des Miethzinses für das zur Zeit der Pfändung laufende und das folgende Miethjahr geltend gemacht werden. Dagegen kann für rückständigen Miethzins das Pfandrecht dem Miether gegenüber unbeschränkt, dem Pfändungspfandgläubiger gegenüber nur nach Maßgabe des § 563 geltend gemacht werden. — Das Jahr des § 563 ist das Kalenderjahr, welches vom Tage der Pfändung zurückzurechnen ist, ohne daß es auf die Fälligkeit des Miethzinses ankommt. Erfolgt z. B. die Pfändung am 20. Februar 1902, so läuft das Jahr vom 20. Februar 1901 bis 20. Februar 1902. Ist der Miethzins vierteljährlich im Voraus zu zahlen und der Miethzins am 1. Januar 1901 für das Quartal vom 1. Januar bis 1. April 1901 noch nicht bezahlt, so kann der Vermiether vorzugsweise Befriedigung für den Miethzins vom 20. Februar bis 1. April 1901 verlangen, obwohl dessen Fälligkeit schon am 1. Januar 1901, also vor dem Jahre des § 563, eingetreten ist.

1. Die Entfernung muß so erfolgt sein, daß die Sachen sich nicht mehr im Machtbereiche des Vermiethers befinden. Die Entfernung aus den Miethräumen genügt nicht, die Sachen müssen vom Grundstücke fortgeschafft sein. Von wem die Entfernung vorgenommen worden ist, ist im Allgemeinen gleichgültig [1], ebenso, ob sie in der Absicht erfolgt ist, die Sachen dauernd oder nur vorübergehend fortzuschaffen.

2. Die Entfernung hat das Erlöschen des Pfandrechts nicht zur Folge, wenn sie ohne Wissen des Vermiethers erfolgt. Aus welchem Grunde der Vermiether von der Entfernung nichts weiß, ist gleichgültig, insbesondere ist nicht erforderlich, daß der Miether die Absicht gehabt hat, die Entfernung dem Vermiether zu verheimlichen. Auch wenn der Miether die Entfernung offen und vor aller Menschen Augen vorgenommen hat, der Vermiether aber wegen seiner eigenen Unachtsamkeit von der Entfernung nichts erfahren hat, bleibt ihm das Pfandrecht erhalten [2]. Daß die Entfernung ohne sein Wissen erfolgt ist hat der Vermiether zu beweisen.

3. Hat der Vermiether von der Entfernung Kenntniß, so muß er, um sich sein Pfandrecht zu erhalten, gegen die Entfernung Widerspruch erheben. Die Erhebung des Widerspruchs muß erfolgen, bevor die Entfernung vollendet ist [3]; den Vermiether trifft die Beweislast, daß die Sachen unter seinem Widerspruch entfernt worden sind.

4. Der Vermiether ist zum Widerspruche jedoch nicht berechtigt, wenn die Entfernung der Sachen im regelmäßigen Betriebe des Geschäfts des Miethers erfolgt, wie es insbesondere bei der ordnungsmäßigen Veräußerung von Kaufmannswaaren der Fall ist, ferner wenn sie den gewöhnlichen Lebensverhältnissen entspricht, wie es insbesondere bei Sachen der Fall ist, welche der Miether an sich trägt [4], vorübergehend auf die Reise mitnimmt, zur Reparatur giebt, und endlich, wenn er soviel Sachen zurückläßt, als zur Sicherung des Vermiethers für seine Forderungen, für welche ihm das Pfandrecht zusteht, offenbar ausreichen, d. h. so, daß es für jede mit den Verhältnissen vertraute Person erkennbar ist, ohne daß es erst einer besonderen Abschätzung durch Sachverständige bedarf. In diesen

---

[1]) Vergl. jedoch oben § 157 Anm. 13 über den Fall, daß die Sachen gepfändet und durch den Gerichtsvollzieher entfernt worden sind. Vergl. ferner unten Anm. 9

[2]) Nach preußischem Rechte wurde eine heimliche Entfernung verlangt, d. h. eine solche, bei der „die Absicht, die Handlung zu verheimlichen . . klar erhellen" mußte. (§ 100, I 7 ALR., § 99 ebenda: „Handlungen, welche dem Anderen nur durch seine eigene . . . Sorglosigkeit und Unachtsamkeit unbekannt geblieben, sind für heimlich unternommene nicht zu achten".) Auf diesem Standpunkte stand auch der erste Entwurf. Vergl. § 521 E. I, M. II S. 408. Dies ist von der zweiten Kommission zu Gunsten des Vermiethers geändert worden. Prot. II S. 207. — Das Wissen des Vertreters, z. B. des Hausverwalters, schadet dem Vermiether (§ 166 Abs. 1), dagegen ist das Wissen einer Person, welche in dieser Beziehung den Vermiether zu vertreten nicht befugt ist, z. B. des Portiers, unschädlich. Vergl. Mittelstein § 53 Anm. 11 und Anm. 23.

[3]) Es genügt auch, daß der Widerspruch vor einer bestimmten beabsichtigten Entfernung erhoben wird. Dagegen kann die Aufnahme einer Bestimmung in den Miethvertrag, daß von vornherein gegen jede Entfernung ein für alle Male Widerspruch erhoben wird, nicht für ausreichend erachtet werden. Vergl. Oertmann Anm. 1 zu § 560, Mittelstein § 53 unter 5.

[4]) Die Schmucksachen, das Geld, die Kleidungsstücke, welche der Miether an sich trägt, werden jedes Mal, wenn der Miether das Haus, in welchem seine Wohnung sich befindet, verläßt, vom Pfandrechte frei und dem Pfandrechte wieder unterworfen, wenn er das Haus betritt. Wird z. B. dem Miether die Taschenuhr abgepfändet, während er sich außerhalb des Hauses befindet, so steht dem Vermiether kein Vorzugsrecht gegenüber dem pfändenden Gläubiger zu.

Fällen ist ein trotzdem erhobener Widerspruch des Vermiethers bedeutungslos und daher nicht geeignet, sein Pfandrecht zu erhalten. Ferner erlischt in diesen Fällen das Pfandrecht des Vermiethers, auch wenn diese Sachen ohne sein Wissen entfernt worden sind, da sein Wissen von der Entfernung nur die Folge hätte, daß er Widerspruch hätte erheben müssen, dieser aber rechtlich nicht zu beachten wäre.

§ 561 Abs. 2 Satz 2.

5. Ist trotz der Entfernung der Sachen das Pfandrecht des Vermiethers bestehen geblieben, sei es, daß die Entfernung ohne Wissen des Vermiethers oder zwar mit seinem Wissen, aber unter seinem berechtigten Widerspruch erfolgt ist, so erlischt das Pfandrecht dennoch, wenn der Vermiether nicht innerhalb eines Monats seinen Anspruch auf Zurückschaffung der Sachen (§ 561 Abs. 2 Satz 1)[5] gerichtlich geltend macht, sei es durch Klage, sei es durch den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in welchem der Vermiether von der Entfernung Kenntniß erlangt hat. Die Beweislast vertheilt sich so, daß derjenige, welcher das Erlöschen behauptet, beweisen muß, wann der Vermiether die Kenntniß erlangt hat, worauf der Vermiether zu beweisen hat, daß er rechtzeitig seinen Anspruch gerichtlich geltend gemacht hat.

II. Das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers erlischt ferner aus denselben Gründen, aus denen das rechtsgeschäftlich bestellte Pfandrecht erlischt.

1. Das Pfandrecht erlischt, wenn der Miether das Eigenthum an einer dem Pfandrecht unterliegenden Sache auf einen Anderen überträgt. (§ 936 Abs. 1 Satz 1.) Jedoch ist hierzu einmal regelmäßig noch erforderlich, daß der Erwerber den Besitz der Sache erlangt.[6])

---

[5]) Vergl. unten § 159 unter 3. Dieser Anspruch ist ein dinglicher und geht gegen jeden Besitzer der Sache (vergl. unten § 159 Anm. 4). Es muß daher, um das Erlöschen allgemein zu verhindern, genügen, daß das Pfandrecht überhaupt gerichtlich geltend gemacht wird, gleichgültig, gegen wen. Mittelstein § 54 unter 3. Klagt z. B. der Vermiether rechtzeitig gegen den Miether auf Zurückschaffung der widerrechtlich entfernten Sachen und stellt sich im Prozesse heraus, daß der Miether die Sachen an einen Dritten veräußert hat, so kann dieser Dritte, wenn der Vermiether ihn unter der Behauptung, daß er beim Erwerbe der Sachen nicht in gutem Glauben war, in Anspruch nimmt, nicht geltend machen, das Pfandrecht sei wegen Ablaufs der Frist erloschen. — Ist aber das Pfandrecht in Folge des Fristablaufs einmal erloschen, so kann auf Grund dieses nicht mehr bestehenden Rechtes kein Anspruch mehr geltend gemacht werden, auch nicht aus dem Gesichtspunkte der unerlaubten Handlung. Die in der DJZ. von 1901 S. 504 mitgetheilte entgegengesetzte Entscheidung muß als irrig bezeichnet werden.

[6]) Vergl. § 936 Abs. 1 S. 2 und 3. Das Nähere bei der Darstellung des § 936. Hier ist folgendes zu bemerken: Uebergiebt der Miether die veräußerte Sache durch constitutum possessorium (§ 930), so daß also die Sache vom Grundstücke nicht entfernt wird, so bleibt das Pfandrecht bestehen, ohne daß die Frage des guten Glaubens überhaupt in Betracht kommt. (§ 936 Abs. 1 S. 3.) Erlangt der Erwerber demnächst den Besitz der Sache, so kommt es für die Frage, ob das Pfandrecht bestehen bleibt oder erlischt, auf den guten Glauben des Erwerbers an. Erfolgt die Uebergabe nach § 929 Satz 2 (z. B. der Miether hat ein Zimmer mit den darin befindlichen Möbeln an einen Untermiether vermiethet und veräußert eins dieser Möbelstücke an den Untermiether), oder nach § 931 (z. B. der Miether veräußert die im Besitze des Untermiethers befindlichen Möbel an einen Dritten und tritt ihm den Anspruch gegen den Untermiether auf Herausgabe der Möbel ab), so entscheidet lediglich der gute Glaube des Erwerbers. (§ 936 Abs. 1 S. 2 und 3, Abs. 2.) Dieser gute Glaube muß aber in den vorliegenden Fällen als ausgeschlossen betrachtet werden, da dem Erwerber nur bei grober Fahrlässigkeit unbekannt bleiben konnte, daß er von einem Miether erwerbe, daß die Sachen also mit dem Pfandrechte des Vermiethers belastet sind. — Sind die Sachen vom Grundstück unbefugter Weise entfernt worden, so daß das Pfandrecht nicht erloschen ist, und werden sie demnächst veräußert, so erlischt nunmehr nach Maßgabe des § 936 das Pfandrecht, wenn der Erwerber hinsichtlich dieses Pfandrechts in gutem Glauben ist.

und ferner bleibt das Pfandrecht des Vermiethers trotz des Eigenthums- und Besitzerwerbes des Dritten bestehen, wenn der Erwerber in Ansehung dieses Pfandrechts nicht in gutem Glauben war, es sei denn, daß das Pfandrecht durch die Entfernung der Sache vom Grundstück erlischt.[7])

2. Wird eine dem Pfandrechte des Vermiethers unterliegende Sache mit dem Rechte eines Dritten, insbesondere einem Pfandrechte belastet, so ist rücksichtlich der Frage, welches Recht vorgeht, zwischen einem rechtsgeschäftlich begründeten und einem kraft Gesetzes oder durch Pfändung entstandenen Pfandrechte zu unterscheiden. Im ersteren Falle, wenn also der Miether die dem Pfandrecht unterworfene Sache verpfändet, geht dieses Pfandrecht dem gesetzlichen Pfandrechte des Vermiethers vor, wenn der Pfandgläubiger in Ansehung dieses Rechtes in gutem Glauben ist. (§ 1208.)[8]) Entsteht dagegen an der Sache ein gesetzliches Pfandrecht, z. B. das Pfandrecht eines anderen Vermiethers, oder ein Pfändungspfandrecht, so geht das Pfandrecht des (ersten) Vermiethers diesen Pfandrechten unter allen Umständen vor.[9]) Denn das Gesetz kennt keinen allgemeinen Schutz des gutgläubigen Erwerbes, vielmehr wird nur der in gutem Glauben durch Rechtsgeschäft sich vollziehende Erwerb geschützt, während der kraft Gesetzes oder im Wege der Zwangsvollstreckung sich vollziehende Erwerb regelmäßig nicht unter dem Schutze des guten Glaubens steht.

3. Wird eine durch das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers gesicherte Forderung auf einen Anderen übertragen, so geht auch das Pfandrecht auf den neuen Gläubiger über. (§ 1250 Abs. 1.)[10]) Das Pfandrecht erlischt, wenn

---

[7]) Es ist klar, daß, wenn das Pfandrecht mit der Entfernung erlischt, es auf den guten Glauben des Erwerbers nicht mehr ankommt. Wenn Jemand in einem Laden Waaren kauft und mitnimmt, so ist es gleichgültig, ob er weiß, daß die Waaren an sich dem Pfandrechte des Vermiethers unterliegen, die Entfernung bewirkt das Erlöschen ohne den Hinzutritt eines weiteren Moments. Es ist aber zu beachten, daß die Frage, ob die Entfernung das Erlöschen zur Folge hat, lediglich nach den Vorschriften des § 560 zu beurtheilen ist. Die Annahme des Erwerbers, es liege eine erlaubte Entfernung vor, ist unerheblich; es ist in dieser Beziehung ein Schutz des guten Glaubens nicht gegeben. Wenn z. B. der Miether Sachen veräußert und dem Erwerber in glaubhafter Weise versichert, der Vermiether sei mit der Entfernung einverstanden oder die zurückbleibenden Sachen reichten zur Sicherung des Vermiethers aus, so bleibt, wenn diese Versicherung thatsächlich unrichtig ist, das Pfandrecht bestehen.

[8]) Vergl. oben Anm. 6.

[9]) Vergl. oben § 157 Anm. 7. Sind die Sachen vom Grundstücke widerrechtlich entfernt worden und werden sie dann gepfändet, so geht das fortbestehende Pfandrecht des Vermiethers unter allen Umständen dem Pfändungspfandrechte vor. Vergl. über die Geltendmachung des Pfandrechts des Vermiethers gegenüber dem Pfändungspfandrecht oben § 157 Anm. 13. Mittelstein (§ 54 unter 4) ist der Ansicht, daß auch dem pfändenden Gläubiger gegenüber die Vorschrift des § 561 Abs. 2 Satz 2 zur Anwendung kommt, daß also der Vermiether sein Vorzugsrecht aus § 805 CPO. innerhalb eines Monats nach der Kenntniß von der in Folge der Pfändung bewirkten Wegschaffung der Sachen gerichtlich geltend machen müsse, widrigenfalls sein Recht erlösche. Dieser Ansicht kann jedoch nicht beigestimmt werden. Es ist oben § 157 Anm. 13 dargethan, daß der Vermiether der Pfändung der seinem Pfandrecht unterliegenden Sachen nicht widersprechen könne und daher auch nicht zu widersprechen brauche. Der § 561 Abs. 2 knüpft den Verlust des Pfandrechts an die Thatsache, daß der Vermiether nicht rechtzeitig die Herausgabe der Sachen zum Zwecke der Zurückschaffung auf das Grundstück, resp. die Ueberlassung des Besitzes verlangt. Ein solcher Anspruch steht aber nach § 805 CPO. dem Vermiether gegenüber dem pfändenden Gläubiger nicht zu. Es kann also die Nichtgeltendmachung eines nicht bestehenden Anspruchs sein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse nicht zum Erlöschen bringen.

[10]) Mag die Uebertragung durch Abtretung oder kraft Gesetzes erfolgen, z. B. nach § 426 Abs. 2, wenn einer von mehreren Miethern den Miethzins bezahlt, oder nach § 774 Abs. 1, wenn der Bürge des Miethers den Vermiether befriedigt. Sowohl auf den Mitmiether wie auf den Bürgen geht das Pfandrecht des Vermiethers über. Vergl.

sein Uebergang bei der Uebertragung der Forderung ausgeschlossen wird. (§ 1250 Abs. 2.)

4. Endlich erlischt das Pfandrecht, wenn die Forderung des Vermiethers erlischt (§ 1252),[11]) wenn der Vermiether dem Miether erklärt, daß er das Pfandrecht aufgebe (§ 1255), und wenn es mit dem Eigenthum in derselben Person zusammentrifft. (§ 1256.)

§ 159. Die Geltendmachung des Pfandrechts.

§ 561. 1. Der Vermiether entbehrt des sein Recht sichernden Besitzes der eingebrachten Sachen. Es ist ihm deswegen zum besonderen Schutze seines Pfandrechts ein über die allgemeinen Bestimmungen (§§ 229, 230) hinausgehendes Recht der Selbsthülfe gegeben. Soweit er der Entfernung der seinem Pfandrecht unterliegenden Sachen zu widersprechen berechtigt ist, darf er die Entfernung verhindern und, wenn der Miether auszieht, die Sachen in seinen Besitz nehmen, ohne daß er das Gericht anzurufen braucht. Dieses besondere Recht der Selbsthülfe unterscheidet sich von den allgemeinen Grundsätzen insbesondere dadurch, daß der Vermiether es selbst dann auszuüben befugt ist, wenn obrigkeitliche, z. B. polizeiliche, Hülfe rechtzeitig zu erlangen wäre und auch eine besondere Gefahr nicht vorliegt, daß ferner der Vermiether auch nach Ausübung der Selbsthülfe sich nicht an das Gericht zu wenden, insbesondere Zwangsvollstreckung zu erwirken oder den dinglichen Arrest zu beantragen braucht (§ 230 Abs. 2), daß endlich bei widerrechtlicher Vornahme dieser Selbsthülfe eine Schadensersatzpflicht nur im Falle des Vorliegens eines Verschuldens besteht[1]).

2. Dieses besondere Recht der Selbsthülfe hat der Vermiether jedoch nur, um die Entfernung der Sachen zu verhindern. Sind die Sachen einmal vom Grundstück entfernt[2]), so kann der Vermiether das Recht der Selbsthülfe nur nach Maßgabe der allgemeinen Vorschriften ausüben[3]).

3. Ist durch die Entfernung das Pfandrecht des Vermiethers nicht erloschen, so kann er kraft seines fortbestehenden dinglichen Rechtes verlangen, daß die Sachen zum Zwecke der Zurückschaffung auf das Grundstück herausgegeben werden

---

Oertmann Anm. 5 zu § 559, Mittelstein § 52. Wird nur ein Theil der Forderungen des Vermiethers übertragen, so haben das Pfandrecht des Erwerbers und das des Vermiethers gleichen Rang, wenn es sich um eine Abtretung handelt; erfolgt die Theil-Uebertragung kraft Gesetzes, so geht der Vermiether wegen des ihm verbleibenden Restes vor (§§ 268 Abs. 3 S. 2, 426 Abs. 2 S. 2, 774 Abs. 1 S. 2.) — Die Vorschrift des § 1251 kann erst zur entsprechenden Anwendung kommen, wenn der Vermiether den Besitz der Sachen erlangt hat (vergl. § 561).

[11]) Vergl. RG. in JW. 1902 S. 170.

[1]) Vgl. Dernburg II § 229 unter 8, Mittelstein § 54 Anm. 9. — A. M. Oertmann Anm. 2 zu 562, der den § 231 analog anwenden will. Der § 231 ist aber eine von den allgemeinen Prinzipien des Gesetzes abweichende Ausnahmebestimmung, die einer analogen Anwendung nicht fähig erscheint. Vgl. Planck Anm. 1 zu § 561.

[2]) Wenn auch das Selbsthülferecht des Vermiethers in Anlehnung an das dem Besitzer im § 859 verliehene Recht gegeben worden ist, so geht es doch nicht so weit wie dieses. Das dem Besitzer nach § 859 Abs. 2 zustehende Recht der Verfolgung und gewaltsamen Wiederabnahme steht dem Vermiether nicht zu.

[3]) Vgl. oben § 69. Es greift also auch die auf rein objektiven Voraussetzungen beruhende Schadensersatzpflicht des § 231 Platz. Verhindert der Vermiether z. B. die Entfernung einer Sache, von der er ohne Verschulden annahm, daß er ihrer Entfernung zu widersprechen berechtigt ist, obwohl dies in Wirklichkeit nicht der Fall ist, so ist er nicht schadensersatzpflichtig. Befand sich die Sache jedoch bereits auf der Straße und nimmt sie der Vermiether (auf Grund des § 229) in seinen Besitz, so ist er nach § 231 ohne Rücksicht auf ein Verschulden schadensersatzpflichtig.

und wenn der Miether bereits ausgezogen ist, daß der Besitz der Sachen ihm selbst überlassen wird. Dieser Anspruch geht nicht nur gegen den Miether, sondern als dinglicher gegen jeden dritten Besitzer[4]) der Sache, soweit er nicht durch den gutgläubigen Erwerb gegen das Pfandrecht des Vermiethers geschützt ist[5]).

3. Die Geltendmachung des Pfandrechts, insbesondere die Verhinderung der Entfernung und die Besitznahme der Sachen kann der Miether dadurch abwenden, daß er dem Vermiether für seine Forderung Sicherheit leistet.[6]) Der Miether kann auch jede einzelne Sache dadurch vom Pfandrechte befreien, daß er dem Vermiether in Höhe des Werthes dieser Sache Sicherheit leistet. Demgemäß werden sämmtliche Sachen vom Pfandrechte frei, wenn die Sicherheitsleistung in Höhe des Werthes aller Sachen erfolgt, mag auch der Gesammtwerth der Sachen hinter dem Betrage der Forderung des Vermiethers zurückbleiben.[7]) § 562.

4. Die Befriedigung des Vermiethers aus den seinem Pfandrecht unterworfenen Sachen erfolgt durch Verkauf nach Maßgabe der für das rechtsgeschäftlich bestellte Pfandrecht gegebenen Vorschriften (§ 1228 ff.). Hat der Vermiether den Besitz der Sachen erlangt (§ 561),[8]) so kann er auf Grund dieser Vorschriften den Verkauf ohne jedes gerichtliche Verfahren vornehmen lassen. Befinden sich die Sachen nicht im Besitze des Vermiethers, so muß er, wenn er das Verkaufsrecht des § 1228 geltend machen will, auf Herausgabe der Sachen zum Zwecke des Verkaufs klagen. Der Vermiether kann aber auch, indem er zunächst von seinem Pfandrecht absieht, seine Forderung mittels der persönlichen Klage geltend machen und auf Grund des Urtheils die seinem Pfandrecht unterworfenen Sachen pfänden und nach Maßgabe der Vorschriften der Civilprozeßordnung versteigern lassen.[9])

§ 160. Die Endigung der Miethe.

I. Die ordentliche Beendigung.

1. Ist das Miethverhältniß auf eine bestimmte Zeit eingegangen, so endigt es von selbst mit dem Ablaufe der Zeit, ohne daß eine Kündigung erforderlich § 564.

[4]) Die Ansicht Mittelstein's (§ 54 unter 3), daß die Klage des § 561 Abs. 2 auch gegen denjenigen gehe, „der die Illaten entfernte, sei es nun der Miether oder ein Dritter, z. B. der Käufer" und daß „der Beklagte sich nicht damit vertheidigen könne, daß er die Sache nicht mehr habe," ist irrig. Die Klage des § 561 Abs. 2 ist eine dingliche; § 561 Abs. 2 ist nichts als eine ausdrückliche Hervorhebung der Vorschrift des § 1227 (M. II S. 409). Die Klage geht also nur gegen den Besitzer unter analoger Anwendung der §§ 985 ff. — Soweit sich allerdings die Entfernung als eine unerlaubte Handlung nach § 823 darstellt, ist dem Vermiether auch eine Schadensersatzklage gegeben, mit welcher die Herstellung des früheren Zustandes verlangt werden kann (§ 249).

[5]) Vgl. oben § 158 unter II, 1. Ueber die für diese Klage gegebene Präklusivfrist (§ 561 Abs. 2 S. 2) vgl. oben § 158 unter I, 5 (S. 572).

[6]) Die Sicherheitsleistung erfolgt nach Maßgabe der §§ 232 ff. S. oben § 70. Auch die Sicherheitsleistung durch Bürgen ist nicht ausgeschlossen. Vgl. Prot. II S. 209.

[7]) Vgl. Dernburg II § 229 unter 9, Oertmann Anm. 1 zu § 562.

[8]) In diesem Falle hat der Vermiether auch die mit dem Besitze des Pfandes verbundenen Rechte und Pflichten. Vgl. insbesondere §§ 1215 ff.

[9]) Die Annahme Mittelsteins (§ 55 unter 1), daß der Vermiether lediglich auf diesen Weg angewiesen sei und daß ihm eine Klage auf Herausgabe der Sachen zum Zwecke des Verkaufs nicht zustehe, ist irrig. Das Recht des Pfandverkaufs steht dem Pfandgläubiger als solchem zu; der Besitz des Pfandes ist keine Voraussetzung dieses Rechtes. Hat der Pfandgläubiger Pfandrecht ohne Besitz, so kann er auf Gestattung derjenigen Maßregeln klagen, welche zur Verwirklichung seines Verkaufsrechts erforderlich sind. (Vgl. auch § 1231 und M. III S. 818.) — Allerdings wird der Vermiether in der Regel den einfacheren und praktischeren Weg der persönlichen Klage wählen.

ist.[1]) Die Eingehung des Miethverhältnisses auf eine bestimmte Zeit liegt nicht nur dann vor, wenn das Ende kalendermäßig bestimmt ist, sondern auch dann, wenn der Ablauf der Miethsdauer von dem Eintritt irgend eines Ereignisses oder der Erreichung eines bestimmten Zweckes abhängig gemacht ist.[2])

2. Ist die Miethzeit nicht bestimmt, so ist zur Beendigung des Miethverhältnisses eine Kündigung erforderlich, welche beiden Theilen zusteht und in der Regel für einen bestimmten Zeitpunkt unter Einhaltung einer bestimmten Frist erfolgen muß.[3]) Die Kündigung ist eine einseitige, an eine Form nicht gebundene[4]), empfangsbedürftige Willenserklärung,[5]) welche daher erst wirksam wird, wenn sie dem anderen Theile zugeht.[6]) Sind auf einer Seite mehrere Personen vorhanden, so muß die Kündigung, um wirksam zu sein, von ihnen gemeinschaftlich erklärt werden und an sie gemeinschaftlich erfolgen.[7])

§ 565. 3. Die Kündigungszeit. Die Kündigungsfristen sind verschieden bei Grundstücken und bei beweglichen Sachen.

Bei der Miethe von Grundstücken, Wohnräumen und anderen Räumen (§ 580) ist, mag auch der Miethzins nach längeren Zeiträumen als Vierteljahren bemessen sein, die Regel, daß die Kündigung nur für den Schluß eines Kalendervierteljahrs zulässig ist, auch wenn das Miethjahr nicht mit dem Kalenderjahr übereinstimmt.[8]) Die Kündigung muß spätestens am dritten Werktage des Vierteljahrs erfolgen.[9]) Dies ist dahin aufzufassen, daß dem Kündigenden

---

[1]) Ist, wie es häufig vorkommt, die Zeit so bestimmt, daß der Vertrag z. B. auf 2 Jahre, vom 1. April 1901 bis 1. April 1903, geschlossen ist, so endigt dem Willen der Parteien entsprechend das Miethverhältniß nicht erst mit Ablauf des 1. April, sondern bereits mit Ablauf des 31. März. — Die Vorschrift des § 564 ist selbstverständlich nur dispositiv. Sehr häufig ist die Festsetzung einer bestimmten Zeit mit der Vereinbarung, daß eine Verlängerung des Miethverhältnisses eintritt, falls nicht eine Kündigung unter Einhaltung entweder einer vereinbarten oder der gesetzlichen Frist erfolgt.

[2]) Miethet z. B. ein Reichstagsabgeordneter in Berlin eine Wohnung für die Dauer der Tagung des Reichstags, so endet das Miethverhältniß von selbst mit dem Schlusse der Session, mag dieser auch unerwartet durch eine Vertagung oder Auflösung eintreten.

[3]) Ob eine Kündigung, welche verspätet erfolgt, für den nächstfolgenden Termin wirksam ist, ist Thatfrage. (M. II S. 413.) In der Regel wird man, wenn nicht besondere Umstände dagegen sprechen, annehmen können, daß, wer zu einem bestimmten Termine verspätet kündigt, die Kündigung dann wenigstens für den folgenden Termin gelten lassen will.

[4]) In Miethverträgen ist häufig für die Kündigung eine Form (schriftlich, durch eingeschriebenen Brief) vorgeschrieben. Vgl. hierüber oben § 41 Anm. 9. Mittelstein (§ 59 unter 3) verlangt, daß der Gekündigte gegen eine der Form nicht entsprechende Kündigung protestiere. Es kann nicht zugegeben werden, daß eine solche Verpflichtung besteht. Allerdings kann unter Umständen aus Handlungen und Erklärungen des Gekündigten entnommen werden, daß er damit einverstanden ist, daß die für die Kündigung vereinbarte Form in Wegfall komme; bloßes Schweigen kann aber in der Regel für eine solche Erklärung nicht angenommen werden.

[5]) Ueber die Zulässigkeit einer bedingten Kündigung vgl. oben § 86 Anm. 8.

[6]) In der Klage auf Räumung, mag diese sofort oder später (vgl. § 257 CPO.) verlangt werden, liegt jedenfalls eine Kündigung. Vgl. § 284 Abs. 1 S. 2 für die Mahnung.

[7]) Die für den Rücktritt im § 356 S. 1 gegebene Vorschrift muß auch für die Kündigung gelten, da diese ein Rücktritt pro futuro ist. (Vgl. M. II S. 413, Planck Anm. 2 zu § 564, Oertmann Anm. 2c zu § 564.) Die Vorschrift kommt insbesondere zur Anwendung, wenn erst nachträglich, z. B. durch Erbfall, mehrere Personen in das Miethverhältniß eintreten. Vgl. oben § 102 Anm. 11.

[8]) Hat also Jemand vom 1. Juni ab auf unbestimmte Zeit gemiethet, so kann er zum ersten Male zum 30. September, dann zum 31. December u. s. w. kündigen.

[9]) Diese Kündigungsfrist ist von praktischer Bedeutung besonders für die Fälle, in denen auf Grund gesetzlicher Vorschrift (§§ 549, 567, 569, 570, § 19 KO., § 57 ZVG.) vorzeitig unter Einhaltung der gesetzlichen Frist gekündigt werden kann (§ 565 Abs. 4).

die ersten drei Werktage im Quartale zur Kündigung freistehen müssen.[10]) Ausnahmen treten ein:

a) wenn der Miethzins nach Monaten bemessen ist. Dann ist die Kündigung nur für den Schluß eines Kalendermonats zulässig; sie muß spätestens am 15. des Monats erfolgen.[11]) Ist der fünfzehnte ein Sonn- oder Feiertag, so kann die Kündigung noch am folgenden Werktag erfolgen (§ 193);

b) wenn der Miethzins nach Wochen bemessen ist. Dann ist die Kündigung nur für den Schluß einer Kalenderwoche, d. h. zum Ablaufe des Sonnabends[12]) zulässig und sie muß spätestens am ersten Werktag erfolgen, d. h. am Montage, wenn dieser nicht ein Feiertag ist;

c) wenn der Miethzins nach Tagen bemessen ist. Dann kann die Kündigung an jedem Tage, auch an einem Sonn- oder Feiertage[13]), für den folgenden Tag erfolgen, d. h. so, daß das Miethverhältniß mit Ablauf des Tages, an welchem die Kündigung erfolgt, endigt und die Räumung am folgenden Tage erfolgen muß.[14]) [15])

---

[10]) Die Vorschrift stimmt somit nicht mit der des § 344 I 21 ALR. überein, nach welcher die Kündigung „in den drei ersten Tagen des Quartals" erfolgen mußte. Während hiernach eine Verlängerung der Frist nur eintrat, wenn der dritte Tag des Quartals ein Sonn- oder Feiertag war, werden nach dem BGB. nur Werktage gezählt, ebenso wie es nach Art. 41 WO. für die Erhebung des Protestes Mangels Zahlung der Fall ist. Fällt z. B. der 1. April auf den Charfreitag, so kann die Kündigung noch am 6. April erfolgen, da der Charfreitag, der Ostersonntag und der Ostermontag nicht mitgezählt werden. — Ist im Vertrage die Kündigungsfrist auf drei Monate festgesetzt, so müssen zwischen dem Tage, an welchem die Kündigung wirksam wird, und dem Ablaufe des Miethverhältnisses drei volle Monate liegen, es muß also die Kündigung zum 1. April, d. h. zum Ablaufe des 31. März, bereits am 31. Dezember dem anderen Theile zugehen. Beträgt die Kündigungsfrist drei Monate und 3 Tage, so ist die Kündigung nur rechtzeitig, wenn sie dem anderen Theile spätestens am 28. Dezember zugeht.

[11]) Auch hier (vergl. Anm. 8) ist es gleichgültig, ob der Miethmonat mit dem Kalendermonate zusammenfällt. Hat Jemand am 5. April ein Zimmer gegen einen monatlichen Miethzins gemiethet, so kann er am 15. April zum Ablaufe des 30. April kündigen.

[12]) Vergl. Mittelstein § 61 unter 3 b, Oertmann Anm. 1 a zu § 565, Neumann Anm. 3 zu § 565. — Planck (Anm. 2 a β), Cosack (I § 137) nehmen dagegen an, daß die Woche mit dem Sonntage schließt. Zu räumen braucht, wie Mittelstein richtig hervorhebt, der Miether erst am Montag (§ 193).

[13]) Vergl. Planck Anm. 2 a zu § 565. Mittelstein § 61 unter 2 a. Neumann Anm. 2 zu § 565.

[14]) Was mit den Worten: „für den folgenden Tag" gemeint ist, kann zweifelhaft sein. Cosack I § 137 unter 2 und Oertmann Anm. 1 b zu § 565 nehmen an, daß das Miethverhältniß mit dem Ende des auf die Kündigung folgenden Tages aufhört. Dies widerspricht jedoch sowohl der Fassung des Gesetzes, — welches im Absatz 1 des § 565 ausdrücklich den Schluß des Kalenderjahrs, des Kalendermonats, der Kalenderwoche als das Ende des Miethverhältnisses bezeichnet, während hier die Kündigung nicht für den Schluß des folgenden Tages, sondern für den folgenden Tag erfolgt — als dem praktischen Bedürfnisse. Wenn ein Hotelgast dem Hotelwirth erklärt, er kündige, er reise ab, so will er nicht noch für den ganzen folgenden Tag bezahlen. Wann er am folgenden Tage zu räumen hat, entscheidet sich nach der Verkehrssitte (§ 242). Vgl. Planck Anm. 2 zu § 565, Mittelstein § 61 unter 2 a.

[15]) Die Frage, ob nach erfolgter Kündigung der Miether die Besichtigung der Wohnung durch Miethlustige gestatten müsse, ist im Gesetze nicht entschieden. Ein in dieser Beziehung in der zweiten Kommission gestellter Antrag wurde abgelehnt, weil es sich um die Würdigung thatsächlicher Umstände handelt, denen eine positive Bestimmung des Gesetzes nicht gerecht werden könne. Hierbei wurde aber anerkannt: „aus der Verpflichtung zu Treu und Glauben ergebe sich, daß der Miether die Besichtigung der gemietheten Räumlichkeiten vor dem Ablaufe der Miethzeit zum Zwecke anderweitiger Vermiethung nicht hindern dürfe" (Prot. II S. 216, 217). Diese Verpflichtung des Miethers besteht natürlich auch, wenn die Beendigung des Miethverhältnisses wegen Ablaufs der bestimmten Zeit

4. Bei beweglichen Sachen ist, wenn auch der Miethzins nach längeren Zeiträumen, z. B. Wochen, Monaten, Vierteljahren, bemessen ist, die Kündigung zu jedem beliebigen Zeitpunkte zulässig, sie muß aber spätestens am dritten Tage vor dem Tage erfolgen, an welchem das Miethverhältniß endigen soll.[16]) Ist jedoch der Miethzins nach Tagen bemessen, so kann die Kündigung an jedem Tage für den folgenden Tag erfolgen.

II. Die außerordentliche Beendigung.[17])

---

bevorsteht, und ferner während der Dauer des Miethverhältnisses, wenn Jemand das Grundstück erwerben will. Vgl. Planck Anm. 4 zu § 565, Mittelstein § 33 unter 4.

[16]) Auch hier ist bestritten, wie zu rechnen ist. Soll das Miethverhältniß am Sonnabend endigen, so ist am dritten Tage vorher, also am Mittwoch, zu kündigen. Planck (Anm. 2 b β) nimmt an, daß sodann das Miethverhältniß mit dem Beginne des dritten Tages endigt. Dies erscheint nicht zutreffend. Nach der Fassung des Gesetzes endigt die Miethe am dritten Tage nach dem Tage der Kündigung, also nicht schon mit dem Ablaufe des zweiten Tages, was dasselbe ist wie der Beginn des dritten Tages. Endigt die Miethe aber erst am dritten Tag, so kann nicht willkürlich irgend eine Stunde innerhalb dieses Tages, sondern nur der Ablauf des Tages gemeint sei. Vgl. Mittelstein § 61 unter 2 b, Oertmann Anm. 1 b zu § 565.

[17]) Die im BGB. selbst behandelten Fälle der außerordentlichen Beendigung des Miethverhältnisses lassen sich folgendermaßen gruppieren:

A. Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist:
1. von Seiten des Vermiethers: a) wegen Mißbrauchs (§ 553), b) wegen Verzugs in der Entrichtung des Miethzinses (§ 554);
2. von Seiten des Miethers: wegen Nichtgewährung des Gebrauchs (§§ 542, 544).

B. Kündigung unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist:
1. von Seiten des Miethers: a) wegen Verweigerung der Erlaubniß zur Gebrauchsüberlassung (§ 549), b) wegen Versetzung (§ 570);
2. von Seiten sowohl des Vermiethers als des Miethers: a) wegen Verletzung der Form des Vertrags (§ 566), b) wegen Abschlusses des Vertrags auf länger als 30 Jahre (§ 567), c) wegen des Todes des Miethers (§ 569).

Zu diesen Fällen treten hinzu: 1. das beiden Theilen gegebene Recht der Kündigung unter Einhaltung der gesetzlichen oder der bedungenen kürzeren Frist im Falle des Konkurses des Miethers (§ 19 KO.); 2. das dem Ersteher des vermietheten Grundstücks zustehende Recht der Kündigung unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist (§ 57 ZVG.); 3. dasselbe dem Erwerber des Grundstücks zustehende Recht, wenn der Verwalter im Konkurse des Vermiethers das Grundstück freiwillig veräußert (§ 21 Abs. 3 KO.). Vergl. auch §§ 1056, 1423, 1663, 2135 (oben § 152 unter I, 3 S. 542).

Ferner endigt das Miethverhältniß durch gänzlichen Untergang der Miethsache (vergl. oben § 153 Anm. 4) und durch die Enteignung des vermietheten Grundstücks (§ 45 des preuß. Enteign.-Ges. vom 11. Juni 1874; vergl. Dernburg II § 225 unter IV).

Es versteht sich endlich von selbst, daß die Parteien jederzeit durch Vereinbarung das Miethverhältniß beendigen können (vergl. Mittelstein § 65 unter 1). — Nach preußischem Rechte (§ 363 I 21 ALR.) konnte der Vermiether das Miethverhältniß auch aufheben „wegen eines an der gemietheten Sache vorfallenden nothwendigen Hauptbaues, welcher, solange der Miether die Sache im Besitze hat, nicht geführt werden kann“. Das BGB. hat dieses Kündigungsrecht nicht aufgenommen, und zwar, um dem Miether nicht das Recht zu entziehen, nach der Beendigung der Reparatur die Wiederüberlassung des Gebrauchs der Sache zu verlangen (M. II S. 418). Hat z. B. Jemand einen Laden auf längere Zeit gemiethet, wird hierauf der Laden durch Feuer beschädigt und muß während der Vornahme der Reparatur der Miether den Laden verlassen, so hat er nach Beendigung der Reparatur das Recht, den Laden wieder zu beziehen. Eine Erhöhung des Miethzinses kann der Vermiether selbst dann nicht verlangen, wenn der Miethwerth des Ladens durch die Ausbesserung gestiegen sein sollte. Für die Zeit, während deren der Miether den Laden nicht gebrauchen konnte, greift die Vorschrift des § 537 Platz. Daß dem Miether unter Umständen ein Kündigungsrecht zusteht, ergiebt § 542. Der Miether seinerseits muß die Vornahme nothwendiger Reparaturen dulden. Dies ergiebt sich daraus, daß der Vermiether schadensersatzpflichtig wird, wenn er mit der Beseitigung eines Mangels in Verzug kommt (§ 538), daß er nach § 542 Abhülfe schaffen muß, und aus der Anzeigepflicht des Miethers (§ 545). Vergl. Planck Anm. 1 zu § 553, Oertmann Vorb. 1 vor §§ 553—555, Mittelstein § 33 unter 4. Bauliche Veränderungen,

§ 569.

1. Die Persönlichkeit des Miethers ist für den Vermiether von wesentlicher Bedeutung. Ebenso wie ohne seine Erlaubniß der Miether den Gebrauch einem Anderen nicht überlassen darf, kann dem Vermiether auch nicht zugemuthet werden, nach dem Tode des Miethers das Miethverhältniß mit dessen Erben fortzusetzen. Die Veränderung der Verhältnisse, welche regelmäßig in Folge des Todes des Miethers eintreten, lassen es aber billig erscheinen, daß auch dem Erben des Miethers die Möglichkeit gegeben wird, sich von dem durch seinen Erblasser begründeten Miethverhältnisse zu befreien. Daher hat, während der Tod des Vermiethers ohne Einfluß auf das Bestehen des Miethverhältnisses ist, der Tod des Miethers [18]) die Folge, daß sowohl der Erbe des Miethers als der Vermiether das Miethverhältniß kündigen können. [19]) Die Kündigung hat unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist zu erfolgen, auch wenn vertragsmäßig längere Kündigungsfristen und andere Endigungstermine festgesetzt sind. [20]) Die Kündigung ist nur für denjenigen Termin zulässig, für welchen sie unter Anwendung der erforderlichen Sorgfalt zuerst erfolgen kann. [21])

---

die nicht zu den nothwendigen Reparaturen gehören, braucht der Miether nicht zu dulden (vergl. oben § 153 Anm. 3).

[18]) Bei einer Mehrheit von Erben muß die Kündigung von ihnen gemeinschaftlich und an sie gemeinschaftlich erfolgen (vergl. oben Anm. 7). — Sind mehrere Miether vorhanden, so begründet der Tod des einen Miethers das Kündigungsrecht weder für den anderen Miether noch für den Vermiether, und da das Kündigungsrecht nur gemeinschaftlich von allen Miethern ausgeübt werden kann, können auch die Erben des verstorbenen Miethers nicht kündigen. Dies gilt auch für den Fall, daß die Ehefrau Mitmietherin ist (vergl. oben § 157 Anm. 4, ferner M. II S. 416, Prot. II S. 221. Abweichend Dernburg II § 221 Anm. 8). Eine Ausnahme kann nur dann eintreten, wenn auch der zweite Miether zu einer Zeit stirbt, zu welcher das Kündigungsrecht für die Erben des ersten Miethers nach § 569 Satz 2 noch nicht erloschen ist. Haben z. B. Eheleute gemiethet und stirbt der Mann im Januar, die Frau hierauf im März, so können die Erben beider bis zum 3. April kündigen. Stirbt dagegen der Mann am 15. Dezember, die Frau am 15. Januar, so ist die Kündigung ausgeschlossen, da die Kündigung Seitens der Erben des Mannes nicht mehr zulässig ist.

[19]) Die Vorschrift des § 569 ist dispositiv, es kann durch Vereinbarung sowohl das Kündigungsrecht des Vermiethers als das der Erben des Miethers ausgeschlossen oder beschränkt werden (vergl. Oertmann Anm. 3 zu § 569, Mittelstein § 64 unter 3). Es kann hiergegen nicht geltend gemacht werden, daß das Kündigungsrecht vom Gesetze den Erben des Miethers gegeben ist und daß der Erblasser nicht befugt sei, über dieses ihr Recht zu verfügen. Das Kündigungsrecht des § 569 beruht auf der Erwägung, daß es den Intentionen der Parteien entspricht, bei einer so einschneidenden Aenderung der Verhältnisse die Möglichkeit des Rücktritts vom Vertrage zu haben (vergl. M. II S. 416). Die Parteien können aber unbedenklich vereinbaren, daß keinerlei Aenderung der Verhältnisse einen Einfluß auf das Miethverhältniß haben soll.

[20]) Selbstverständlich ist, daß ein den Erben zustehendes gesetzliches oder vertragsmäßiges Kündigungsrecht, welches das Miethverhältniß früher beendigt, bestehen bleibt. Hat z. B. der Miether ein Zimmer auf unbestimmte Zeit gemiethet und ist der Miethzins nach Monaten bemessen, so können auch die Erben spätestens am 15. eines jeden Monats für den Schluß des Monats kündigen. Als gesetzliche Kündigungsfrist im Sinne des § 569 kommt aber bei der Miethe unbeweglicher Sachen nur § 565 Abs. 1 Satz 1 in Betracht (§ 565 Abs. 4). Hat z. B. der Miether das Zimmer vom 1. April 1902 bis 1. April 1903 gegen einen monatlichen Miethzins gemiethet und stirbt er am 10. Juli, so kann nicht am 15. Juli zum 1. August, sondern nur bis zum 3. Oktober zum 1. Januar gekündigt werden.

[21]) Das Gesetz sagt, die Kündigung könne nur für den ersten Termin erfolgen, für den sie zulässig ist. Doch kann die objektive Zulässigkeit allein nicht entscheiden. Stirbt z. B. der Miether am 3. April, so ist der erste Termin, für den die Kündigung zulässig ist, der 1. Juli, es müßte also die Kündigung noch am 3. April erfolgen; eine später für den 1. Oktober erfolgende Kündigung wäre unwirksam. Dies kann nicht gemeint sein. Konnte die Kündigung zu dem ersten Termine, zu dem sie — abstrakt genommen —

§ 570. 2. Das Recht, das Miethverhältniß unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist zu kündigen, ist ferner Militärpersonen [22]), Beamten, Geistlichen und Lehrern an öffentlichen Unterrichtsanstalten gegeben, wenn sie nach einem anderen Orte versetzt werden. Ob die Versetzung gegen den Willen der bezeichneten Personen oder auf ihren eigenen Wunsch erfolgt, ist gleichgültig [23]), immer muß es sich aber um eine Versetzung handeln, d. h. die betreffende Person muß bereits ein Amt bekleiden und auch an dem neuen Orte eine der im § 570 bezeichneten amtlichen Stellungen innehaben. Das Kündigungsrecht kommt daher weder demjenigen zu Gute, welcher erst ein Amt erhält [24]), noch dem Beamten, der sein Amt verliert, insbesondere dem, der pensioniert wird [25]). Die Versetzung muß von dem Orte, an welchem der Beamte bisher seinen Amtssitz gehabt hat, nach einem anderen Orte erfolgen [26]). Das Kündigungsrecht bezieht sich auf alle Räume, nicht nur Wohnräume, welche die bezeichnete Person für sich oder ihre Familie an dem bisherigen Garnison- oder Wohnorte gemiethet hatte [27]).

---

zulässig war, nach den konkreten Umständen ohne Verschulden nicht erfolgen, so ist als der erste Termin derjenige anzusehen, zu welchem sie erfolgen konnte und mußte. Es ist ferner zu beachten, daß auch die Möglichkeit gegeben sein muß, festzustellen, wer Erbe ist. Dem Vermiether ist allerdings, wenn ihm die Erben unbekannt sind, der Weg des § 132 Abs. 2 gegeben, den er, wenn er die Erben innerhalb angemessener Frist nicht ermitteln kann, einschlagen muß. Vom Erben kann aber nicht verlangt werden, daß er kündigt, bevor er überhaupt wissen kann, ob er Erbe ist. Vergl. Niendorff § 35 unter 5.

[22]) Das preußische Recht (§ 378 Th. I Tit. 21 ALR.) hatte eine noch weitergehende Bestimmung zu Gunsten der Militärpersonen für den Fall der Mobilmachung. Nach BGB. kommt auch in diesem Falle nur die Vorschrift des § 570 zur Anwendnng.

[23]) So schon für das preußische Recht, obwohl § 376 Th. I Tit. 21 ALR. eine „nicht freiwillige Veränderung" in der Person des Miethers voraussetzte, das RG. im Bd. 21 S. 283 ff. mit Bezug auf die Versetzung eines Richters.

[24]) Vgl. Mittelstein § 64 unter 5. Man wird auch annehmen müssen, daß der Miether die im § 570 vorausgesetzte Eigenschaft bereits zur Zeit des Vertragsabschlusses haben muß, denn man kann dem Vermiether, der einer Privatperson vermiethete, nicht zumuthen, sich die Kündigung gefallen zu lassen, wenn während der Dauer des Miethverhältnisses der Miether als Beamter angestellt und demnächst versetzt wird.

[25]) A. M., jedoch ohne überzeugende Gründe, Dernburg II § 226 unter V. — Eine Versetzung im Sinne des § 570 liegt auch vor, wenn ein Staatsbeamter in den Dienst eines anderen Staates oder des Reiches, ein Kommunalbeamter in den Staatsdienst tritt. Vgl. Dernburg II § 226 Anm. 9, Mittelstein § 64 unter 5; a. M. Oertmann Anm. 4 zu § 570. Auch der Ansicht Oertmann's, der sich Mittelstein anschließt, daß § 570 nicht zur Anwendung kommt, wenn die betreffende Person aus der einen im § 570 bezeichneten Kategorie in eine andere übertritt, wird man nicht zustimmen können. Weder bei Wortfassung, noch die Tendenz des Gesetzes zwingen zu dieser einschränkenden Auslegung, das Gesetz spricht ganz allgemein von dem Falle der Versetzung.

[26]) Das Gesetz spricht von der Versetzung „nach einem anderen Orte". Wie nun, wenn der Beamte seinen Wohnsitz überhaupt nicht an seinem Amtssitze gehabt hat? Ein beim Amtsgerichte II in Berlin angestellter Richter wohnt in der Joachimsthaler Straße, die zum Kommunalbezirke Charlottenburg gehört. Er wird nach Magdeburg versetzt. Das Kündigungsrecht des § 570 greift Platz, denn er ist nach einem anderen Orte versetzt. Ja sogar, wenn er an das Amtsgericht Charlottenburg, also nach dem Orte, an welchem er seinen Wohnsitz hat, versetzt wird, muß man annehmen, daß § 570 Platz greift, denn er ist nach einem anderen Orte versetzt worden und es kann in der That für ihn die Nothwendigkeit vorliegen, seine Wohnung zu ändern. Wird er dagegen vom Amtsgerichte II an das Amtsgericht I versetzt, so ist er nicht nach einem anderen Orte versetzt, und er kann seine in Charlottenburg belegene Wohnung nicht kündigen, mag es auch für ihn noch so wünschenswerth sein, seine Wohnung näher an das Amtsgericht I zu verlegen.

[27]) Das Kündigungsrecht bezieht sich aber nicht auf Räume, welche die Person außerhalb ihres Garnison- oder Wohnorts gemiethet hat. Hat z. B. ein in Berlin wohnender Beamter eine Sommerwohnung in Wannsee gemiethet, so kann er diese im Falle der Versetzung nicht in Gemäßheit des § 570 kündigen.

Die Kündigung kann auch in diesem Falle, wie im Falle des § 569 [28]), nur für den ersten Termin erfolgen, für den sie zulässig ist.

III. Die stillschweigende Verlängerung. § 568.

Wenn nach dem Ablaufe der Miethzeit, gleichgültig, ob das Miethverhältniß auf bestimmte Zeit eingegangen war oder ob eine Kündigung den Ablauf herbeigeführt hat, der Miether den Gebrauch der Sache fortsetzt, so gilt das Miethverhältniß als auf unbestimmte Zeit verlängert. Diese Verlängerung tritt auf Grund gesetzlicher Fiktion ein, so daß es auf den Grund, warum der Miether den Gebrauch fortsetzt, und auf die Absicht, welche er damit verbindet, nicht ankommt [29]). Diese Fiktion kann nur dadurch beseitigt werden, daß eine der Parteien, der Vermiether oder der Miether, der anderen gegenüber seinen Willen, das Miethverhältniß trotz Fortsetzung des Gebrauchs [30]) nicht zu verlängern, erklärt [31]). Diese Erklärung muß der Miether binnen zwei Wochen von der Fortsetzung des Gebrauchs an, der Vermiether binnen zwei Wochen von dem Zeitpunkt an, in welchem er von der Fortsetzung des Gebrauchs Kenntniß [32]) erlangt hat, abgeben. Die Verlängerung erfolgt immer auf unbestimmte Zeit, so daß für die Beendigung des Miethverhältnisses nunmehr die Kündigungstermine und Kündigungsfristen des § 565 maßgebend sind, gleichgültig, für welche Zeit das ursprüngliche Miethverhältniß eingegangen und was hinsichtlich

---

[28]) Vergl. oben Anm. 21. Auch die Vorschrift des § 570 ist nur dispositiv.

[29]) Die Vorschrift unterscheidet sich in mehreren Beziehungen sehr wesentlich von den entsprechenden Bestimmungen des früheren preußischen Rechtes (§§ 324 ff. I 21 ALR.). Während dieses eine Willensübereinstimmung der Parteien, ein mindestens stillschweigendes Abkommen über die Verlängerung verlangte, stellt das BGB. eine Fiktion auf. Auch wenn der Miether gar nicht daran denkt, den Vertrag zu verlängern, den Gebrauch aber z. B. wegen Krankheit oder in Folge anderer zufälliger Umstände eine Zeit lang fortsetzt, tritt, wenn weder er noch der Vermiether innerhalb der zweiwöchigen Frist den entgegenstehenden Willen erklärt, die Verlängerung ein. Hiermit steht im Zusammenhange, daß nach preuß. Rechte die Verlängerung nicht eintrat, falls das Miethverhältniß durch Kündigung beendet war, — denn dadurch war die Annahme des Verlängerungswillens ausgeschlossen, — während § 568 auch zur Anwendung kommt, wenn der Ablauf in Folge Kündigung eintritt, da es auf das Vorhandensein eines Verlängerungswillens nicht ankommt. Man wird daher auch der Ansicht von Oertmann (Anm. 3 zu § 68, ebenso Endemann I § 170 unter 1, Cosack I § 137 unter I 6, Mittelstein § 66) nicht beistimmen können, daß die Verlängerung nicht eintritt, wenn eine der Parteien geschäftsunfähig ist und aus diesem Grunde den entgegenstehenden Willen nicht erklären kann. Wenn der Wille, den Vertrag zu verlängern, nicht vorzuliegen braucht, so kann es nicht darauf ankommen, ob ein solcher Wille rechtsgültig erklärt werden könnte. Auch liegt hierin keine Unbilligkeit, da auch das Interesse der anderen Partei berücksichtigt werden muß; außerdem ist, da die Verlängerung immer nur auf unbestimmte Zeit — nicht wie im preuß. Rechte auf ein Jahr — eintritt, jede Partei nur eine verhältnißmäßig kurze Zeit gebunden.

[30]) Die Fortsetzung des Gebrauchs während der Frist von zwei Wochen ist positive Voraussetzung der Fiktion und von dem zu beweisen, der die Verlängerung behauptet.

[31]) Die Erklärung braucht natürlich nicht ausdrücklich zu sein. Bittet z. B. der Miether den Vermiether, ihm zu gestatten, noch einen Monat in der Wohnung zu bleiben, so hat er damit erklärt, daß er das Miethverhältniß nicht auf unbestimmte Zeit verlängern will. Der Vermiether erklärt seinen entgegenstehenden Willen sowohl durch Zustellung der Räumungsklage als durch die außergerichtliche Aufforderung zur Räumung.

[32]) Die Frist wird in Folge dessen häufig für den Vermiether später ablaufen, als für den Miether. Hat dieser den Gebrauch zwei Wochen fortgesetzt, so ist er gebunden. Will er eine Entscheidung herbeiführen, ob die Verlängerung zu Stande kommt, so kann er dem Vermiether, falls dieser nicht bereits auf irgend eine Weise von der Gebrauchsfortsetzung Kenntniß hatte, die Fortsetzung anzeigen und so die Frist auch für den Vermiether in Lauf setzen.

der Kündigung vereinbart war. In allen übrigen Punkten bleibt das Verhältniß der Parteien unverändert [33]).

IV. Die Wirkungen der Beendigung.

§ 556 Abs. 1. 1. Nach Beendigung des Miethverhältnisses ist der Miether verpflichtet, dem Vermiether die Sache zurückzugeben und zwar in derjenigen Beschaffenheit, in welcher er sie erhalten hat. [34]) Ist die Sache verändert oder verschlechtert, so trifft den Miether die Beweislast dafür, daß er diese Veränderungen oder Verschlechterungen nicht zu vertreten hat (§§ 548, 276). [35])

§ 556 Abs. 2. 2. Das nach Maßgabe der Vorschriften des § 273 dem Miether wegen fälliger Ansprüche aus dem Miethverhältnisse zustehende Zurückbehaltungsrecht ist dem Miether eines Grundstücks (§ 580) versagt, [36]) besteht somit nur bei der Miethe beweglicher Sachen.

§ 557. 3. Erfüllt der Miether seine Verpflichtung nicht, nach Beendigung des Miethverhältnisses die Sache zurückzugeben, so kann der Vermiether für die Zeit, während deren ihm die Sache vorenthalten worden ist, als Entschädigung den vereinbarten Miethzins verlangen. Dieser Anspruch ist dem Vermiether gegeben, um weitläufige Streitigkeiten über die Fragen, ob und in welcher Höhe ihm ein Entschädigungsanspruch zusteht, zu verhindern. Der Anspruch ist somit unabhängig davon, aus welchem Grunde die Rückgabe nicht erfolgt ist, er besteht auch, wenn der Miether den Umstand, auf welchem die Vorenthaltung beruht, nicht zu vertreten hat, wenn also ein Verzug des Miethers nicht vorliegt; der Anspruch ist ferner unabhängig davon, ob dem Vermiether überhaupt ein Schaden erwachsen ist und ob der Miether den Gebrauch der Sache fortgesetzt hat. Der bezeichnete Betrag ist jedoch nur der Mindestbetrag der dem Vermiether zustehenden Entschädigung; er kann noch weitergehende, insbesondere auf den Verzug des Miethers sich gründende Schadensersatzansprüche geltend machen.

4. Der Vermiether seinerseits ist zur Zurücknahme der Sache nicht verpflichtet; es steht dem Miether gegen ihn kein Klagerecht auf Abnahme der Sache zu. Kommt der Vermiether mit der Annahme in Verzug, so kann der Miether eines Grundstücks in Gemäßheit der Vorschrift des § 303 den Besitz aufgeben, der Miether einer beweglichen Sache sie öffentlich versteigern lassen und den Erlös hinterlegen. [37])

V. Die Verjährung der Ansprüche aus dem Miethverhältnisse.

§ 558. Um eine schnelle Auseinandersetzung zwischen Vermiether und Miether zu ermöglichen, sind gewisse Ansprüche einer kurzen Verjährung unterworfen.

1. Die Ersatzansprüche des Vermiethers wegen Veränderungen oder Ver-

---

[33]) Die Vorschrift des § 568 ist dispositiv. Es kann vereinbart werden, daß die Gebrauchsfortsetzung eine Verlängerung des Miethverhältnisses nicht zur Folge hat.

[34]) Vgl. E. I § 520, M. II S. 401, Prot. II S. 189. — Die Beweislast dafür, in welchem Zustande die Sache dem Miether übergeben worden ist, trifft den Vermiether. Abweichend Dernburg II § 219 Anm. 10.

[35]) Die Klage des § 556 Abs. 1 ist die persönliche Klage aus dem Miethvertrage. Daneben kann dem Vermiether die dingliche Klage aus dem Eigenthum (§ 985) offen stehen. Ueber die Haftung des Miethers nach der Rechtshängigkeit s. § 292 (vgl. oben § 88 unter 3, insbesondere Anm. 7). — Vgl. § 23 GVG. (Zuständigkeit des Amtsgerichts), § 257 CPO. (Klage auf künftige Räumung), § 721 CPO. (Gewährung einer angemessenen Frist zur Räumung). — Nach Art. 93 EG. sind die landesgesetzlichen Vorschriften über Räumungsfristen bei gemietheten Räumen aufrecht erhalten. Vgl. für Preußen Ges. vom 30. Juni 1834 (GS. S. 92) und vom 4. Juni 1890 (GS. S. 177).

[36]) Der Zweck dieser Ausnahmevorschrift ist, einen chikanösen Mißbrauch des Zurückbehaltungsrechts zu verhindern. Prot. II S. 189.

[37]) Vgl. oben §§ 89, 90.

schlechterungen[38]) der vermietheten Sache, gleichgültig, ob es sich um Grundstücke oder um bewegliche Sachen handelt, verjähren in sechs Monaten.[39]) Die Verjährung beginnt mit dem Zeitpunkt, in welchem der Vermiether die Sache zurückerhält.[40]) Ist jedoch der Anspruch auf Rückgabe der Sache verjährt, so sind damit auch die Ersatzansprüche verjährt.

2. Die Ansprüche des **Miethers** auf Ersatz von Verwendungen und auf Gestattung der Wegnahme einer Einrichtung (§ 547)[41]) verjährt gleichfalls in sechs Monaten. Die Verjährung beginnt mit der Beendigung des Miethverhältnisses.

§ 161. Die Veräußerung und die Belastung des vermietheten Grundstücks (Kauf bricht nicht Miethe)[1]).

I. Die Miethe ist nach den Vorschriften des BGB. kein dingliches Recht[2]). **§ 571 Abs. 1.** Durch den Miethvertrag wird nur ein obligatorisches Schuldverhältniß zwischen den Parteien begründet. Daher ist der Sondernachfolger des Vermiethers an den von diesem geschlossenen Miethvertrag dem Miether gegenüber nicht gebunden, er kann vielmehr kraft seines Eigenthums vom Miether die Herausgabe der gemietheten Sache verlangen. Von diesen aus dem Wesen des obligatorischen Vertrags sich ergebenden Grundsätzen macht jedoch das Gesetz zu Gunsten des Miethers eines Grundstücks[3]), welchem die gemiethete Sache bereits überlassen war, eine Ausnahme, kraft deren der Erwerber des Grundstücks dem Miether gegenüber zur Fortsetzung des Miethverhältnisses verpflichtet

---

[38]) Nicht mitumfaßt sind die Ersatz-Ansprüche des Vermiethers wegen Unterganges der vermietheten Sache. Diese verjähren in der ordentlichen Verjährungsfrist, ebenso wie der Anspruch auf Rückgabe selbst. Die Ersatzansprüche wegen Veränderungen und Verschlechterungen dagegen unterliegen der kurzen Verjährung, mag der Vermiether diese Ansprüche auf das Miethverhältniß, auf das Eigenthum oder auf die unerlaubte Handlung gründen. A. M. Mittelstein § 87 unter 2c; gegen dessen Ansicht sprechen jedoch sowohl die Fassung wie die Absicht des Gesetzes (vgl. Prot. II S. 194). Wegen der Verjährung der Ansprüche auf Rückstände von Miethzinsen vgl. §§ 197, 196 Abs. 1 Nr. 6. Der Anspruch aus § 557 ist kein Anspruch auf Miethzins, sondern ein Entschädigungsanspruch und verjährt in 30 Jahren.

[39]) Es ist jedoch die Vorschrift des § 223 Abs. 1 zu beachten. Solange das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers besteht, kann dieser trotz der Verjährung des persönlichen Anspruchs sich aus den seinem Pfandrecht unterliegenden Sachen befriedigen.

[40]) Erhält er die Sache überhaupt nicht zurück, weil sie untergegangen und ihre Rückgabe daher nicht möglich ist, so beginnt die Verjährung mit dem Untergange. (Prot. VI S. 185.)

[41]) Darüber, daß dieser kurzen Verjährung nicht der Ersatzanspruch aus § 538 Abs. 2 unterliegt, vgl. oben § 154 Anm. 12. Auch für alle anderen Ansprüche des Miethers, insbesondere für die Gewährleistungsansprüche wegen Mängel der Sache, ist eine kurze Verjährung nicht bestimmt.

[1]) Daß diese allgemein übliche Formel nach verschiedenen Richtungen hin ungenau ist, leuchtet ohne Weiteres ein. Der § 571 verlangt für seine Anwendbarkeit eine Veräußerung des Grundstücks, d. h. eine Uebertragung des Eigenthums. Der Kauf, der obligatorische Vertrag, ist ohne jeden Einfluß auf das Rechtsverhältniß der Parteien. Liegt aber eine Veräußerung vor, so ist es gleichgültig, ob die Veräußerung auf Grund eines Kaufes, eines Tausches, einer Schenkung, eines Gesellschaftsvertrags, eines Vermächtnisses oder eines anderen kausalen Geschäfts erfolgt ist.

[2]) Vergl. oben § 25 unter II, 2 (S. 117) und § 29 Anm. 5.

[3]) Für bewegliche Sachen gilt der Satz: „Kauf bricht nicht Miethe" nicht. Ist, wie es regelmäßig der Fall sein wird, der Miether im Besitze der Sache, so kann bei einer Veräußerung der Sache die Uebergabe nur durch Abtretung des Herausgabeanspruchs (§ 931) erfolgen; dann ist aber der Miether gegen die Vindikation des Erwerbers nach § 986 Abs. 2 geschützt. Ist freilich der Miether nicht im Besitze (vergl. oben § 153 Anm. 2), so ist er gegen den Erwerber schutzlos, selbst wenn dieser beim Erwerbe das Miethverhältniß gekannt hat.

ist. Unter der Voraussetzung, daß zur Zeit des Eigenthumsüberganges das Grundstück dem Miether bereits überlassen war, tritt der Erwerber kraft Gesetzes[4]) an Stelle des Vermiethers in das Miethverhältniß ein.

1. Eine Ueberlassung des vermietheten Grundstücks liegt dann vor, wenn der Miether auf Grund des Miethvertrags in die Lage versetzt worden ist, von dem vermietheten Grundstücke den vertragsmäßigen Gebrauch zu machen, wenn er auch den Gebrauch thatsächlich noch nicht begonnen hat[5]). Für die Anwendung des § 571 ist nur erforderlich, daß die Ueberlassung vor der Veräußerung stattgefunden hat; daß der durch die Ueberlassung geschaffene Zustand auch zur Zeit der Veräußerung besteht, daß insbesondere der Miether zur Zeit der Veräußerung sich im Miethbesitze befinde, wird vom Gesetze nicht verlangt[6]).

2. Die zweite Voraussetzung für die Anwendung der Vorschriften des § 571 ist eine nach der Ueberlassung erfolgende Veräußerung des vermietheten Grundstücks Seitens des Vermiethers. Liegt keine Veräußerung vor, war vielmehr der Vermiether nicht Eigenthümer des Grundstücks und erwirkt der wahre Eigenthümer seine Eintragung im Wege des Berichtigungsverfahrens (§ 894), so ist ihm gegenüber der Miether in keiner Weise geschützt.[7])

---

[4]) Die Vorschrift des § 571 ist jedoch keine zwingende, es kann insbesondere zwischen Vermiether und Miether vereinbart werden, daß bei einem Eigenthumswechsel eine Kündigung zulässig sein soll. Eine Abänderung der Vorschriften des § 571 durch Vereinbarung zwischen Veräußerer und Erwerber berührt natürlich den Miether nicht, wenn er der Abänderung nicht zugestimmt hat. Vergl. Cosack II § 243 unter VI 1a.

[5]) Der Begriff der Ueberlassung im § 571 korrespondiert mit der dem Vermiether im § 536 auferlegten Verpflichtung. Es ist eine Ueberlassung zum Miethbesitz erforderlich, dazu ist aber nicht nothwendig, daß der Miether die thatsächliche Gewalt erworben hat (§ 854 Abs. 1), es genügt vielmehr die Einigung des Vermiethers und des Miethers, wenn der Miether in der Lage ist, die thatsächliche Gewalt auszuüben (§ 854 Abs. 2).

[6]) Vgl. Oertmann Anm. 1 zu § 571, Planck Anm. 2 zu § 571, Mittelstein § 72 unter 4, Dernburg II § 223 unter I, 2. Es ist selbstverständlich, daß die Anwendbarkeit des § 571 nicht darunter leidet, daß der Miether die Sache einem Dritten, insbesondere einem Untermiether, überlassen hat. Aber auch, wenn er zur Zeit der Veräußerung den Besitz gegen seinen Willen verloren hatte, kommt § 571 zur Anwendung.

[7]) Ist z. B. A. als gesetzlicher Erbe als Eigenthümer des Grundstücks eingetragen worden, obwohl der Erblasser ein Testament errichtet und in diesem B. zum Erben eingesetzt hatte, so würde derjenige, welcher von A. gemiethet hat, dem B. gegenüber schutzlos sein. Auf § 892 BGB. kann er sich nicht berufen, da die Miethe kein Recht am Grundstück ist, — aus demselben Grunde käme ihm § 2366 nicht zu Gute, — § 571 kommt nicht zur Anwendung, weil keine Veräußerung vorliegt. — Anders liegt der Fall, wenn A. das Grundstück an einen Dritten veräußert; diesem gegenüber greift die Vorschrift des § 571 Platz. Hieraus ergiebt sich, daß es nicht zutreffend ist, wenn Oertmann (Vorbem. 4 zu §§ 571—579) behauptet, die §§ 571 ff. gelten nur bei Vermiethungen durch den Eigenthümer. Wer vom Nichteigenthümer gemiethet hat, ist zwar nicht dem Eigenthümer, wohl aber demjenigen gegenüber geschützt, welcher vom Nichteigenthümer das Grundstück erwirbt und nach § 892 Eigenthümer wird. — Dieselben Grundsätze kommen zur Anwendung, wenn der Eigenthumserwerb des A., der demnächst vermiethet hat, nichtig oder anfechtbar und angefochten ist. Die in Folge der Nichtigkeit bewirkte Rückgewähr an den Veräußerer ist keine Veräußerung, § 571 ist daher von der Anwendung ausgeschlossen. Anders wieder bei der Wandelung. Hat der Käufer eines Grundstücks nach dem Eigenthumserwerbe vermiethet und läßt er sodann auf Grund der von ihm verlangten Wandelung das Grundstück dem Verkäufer wieder auf, so tritt dieser nach § 571 in das Miethverhältniß ein. Ebenso ist es, wenn nicht die Eigenthumsübertragung, sondern das Kausalgeschäft nichtig oder anfechtbar und angefochten ist und in Folge dieser Nichtigkeit eine Rückübertragung des Eigenthums erfolgt. Vergl. Neumann Anm. 3c zu § 571. — Ueber die Rechte des Miethers, welchem das gemiethete Grundstück überlassen worden war, bei der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung des Grundstücks ist folgendes zu bemerken: Er gilt als Betheiligter, wenn er sein Recht anmeldet (§ 19

3. Liegen diese beiden Voraussetzungen vor, so tritt der Erwerber in das Miethverhältniß ein.[8]) Alle Verpflichtungen aus dem Miethverhältnisse gehen auf ihn über, er erlangt dafür aber auch alle aus dem Miethverhältnisse sich ergebenden Rechte. Dieser Eintritt vollzieht sich kraft Gesetzes, ohne daß es von irgend welchem Einfluß ist, ob der Erwerber den Umfang der Verpflichtungen, die auf ihn übergehen, gekannt, insbesondere, ob er von den zwischen dem Vermiether und dem Miether getroffenen Vereinbarungen Kenntniß gehabt hat.[9])

4. Der Erwerber tritt in diejenigen Rechte und Pflichten ein, welche sich während der Dauer seines Eigenthums aus dem Miethverhältniß ergeben. Er hat insbesondere dem Miether gegenüber auf denjenigen Miethzins Anspruch, welcher nach seinem Eigenthumserwerbe fällig wird.[10]) Ebenso stehen ihm alle anderen Befugnisse des Vermiethers, insbesondere auch dessen gesetzliches Pfandrecht zu,[11]) und wenn der Miether dem Veräußerer eine Sicherheit für die Erfüllung seiner Verpflichtungen bestellt hat, so tritt der Er-

---

ZVG.); er ist dem Ersteher gegenüber ebenso geschützt wie dem Erwerber gegenüber im Falle einer Veräußerung, jedoch ist der Ersteher zur Kündigung des Miethverhältnisses berechtigt (§ 57 ZVG.); sowohl der Miether als andere Betheiligte können eine Abweichung von diesen Vorschriften des § 57 nach Maßgabe der Bestimmungen des § 59 ZVG. verlangen: er kann das ihm nach § 268 BGB. zustehende Ablösungsrecht in Gemäßheit des § 75 ZVG. ausüben; sein Vertrag ist bei der Zwangsverwaltung auch dem Verwalter gegenüber wirksam (§ 152 Abs. 2 ZVG).

[8]) Was die rechtliche Konstruktion des Eintritts des Erwerbers in das Miethverhältniß anbetrifft, so ist es vor allem auch von großer praktischer Wichtigkeit, festzustellen, daß nicht etwa die Rechte auf Grund einer gesetzlichen Cession auf den Erwerber übergehen. Wenn Planck (Anm. 1 zu § 571) bemerkt, daß zu der Frage, wie der Eintritt des Erwerbers theoretisch zu konstruieren sei, die zweite Kommission keine Stellung genommen habe, so ist dies insofern nicht ganz zutreffend, als die Annahme einer Cession der Rechte als „theoretisch unrichtig und praktisch undurchführbar“ klar und deutlich abgelehnt worden ist (Prot. II S. 139). Es ist daher für das richtige Verständniß der §§ 571 ff. wichtig, daran festzuhalten, daß der Erwerber die Rechte aus dem Miethverhältnisse nicht ex jure cesso, sondern aus eigenem Rechte geltend macht. Die Rechte und Pflichten aus dem Miethverhältnisse sind, unter der Voraussetzung, daß die Ueberlassung des vermietheten Grundstücks hinzugetreten ist, durch positive Gesetzesvorschrift derartig mit dem Eigenthum am Grundstücke verknüpft worden, daß, wer das Eigenthum erwirbt, damit zugleich auch eo ipso und kraft Gesetzes jene Rechte und Pflichten mit übernimmt. Prot. II S. 139, Planck Anm. 1 zu § 571, Oertmann 2 zu § 571, Dernburg II § 222 unter III.

[9]) Maßgebend ist das konkrete, zwischen dem Vermiether und dem Miether bestehende Miethverhältniß. Alle Vereinbarungen, welche diese Personen rechtsgültig getroffen haben, sei es schriftlich, sei es mündlich, binden auch den Erwerber dem Miether gegenüber, auch wenn es sich um ungewöhnliche Verpflichtungen handelt, mit denen der Erwerber gar nicht rechnen konnte. Inwieweit ihm gegen den Veräußerer Regreßansprüche zustehen, bestimmt sich nach dem der Veräußerung zu Grunde liegenden Kausalverhältnisse. Vergl. Neumann Vorb. III zu §§ 571 ff. — Ebenso behalten einseitige Rechtsgeschäfte, welche vor der Veräußerung von dem Vermiether oder ihm gegenüber vorgenommen worden sind, insbesondere eine Kündigung, ihre Wirksamkeit.

[10]) Lediglich die Fälligkeit entscheidet, gleichgültig, für welche Zeit der Miethzins entrichtet wird. Erfolgt z. B. der Eigenthumsübergang am 1. Mai, so ist der Erwerber dennoch berechtigt, den am 1. Juli fällig werdenden Miethzins für die Zeit vom 1. April bis 1. Juli voll zu verlangen, denn das aus dem Miethverhältnisse sich ergebende Recht ist das Recht, am 1. Juli die Zahlung des an diesem Tage fällig werdenden Miethzinses zu fordern. Die Auseinandersetzung mit dem Veräußerer erfolgt nach Maßgabe ihres obligatorischen Verhältnisses; vergl. insbesondere die §§ 446, 101 Nr. 2. Vergl. Mittelstein § 74 unter 4, Dernburg II § 223 unter I, 5, Cosack II § 243 unter VII 1c.

[11]) Für diejenigen Forderungen, in welche der Erwerber nicht eintritt, insbesondere für die aus der Zeit vor der Eigenthumsübertragung rückständigen Miethzinsen bleibt daneben das Pfandrecht des Veräußerers bestehen. Vergl. Prot. II S. 210—212.

§ 572 S. 1. werber auch in die durch diese Sicherheit begründeten Rechte ein.[12]) Andererseits hat er dem Miether gegenüber alle Verpflichtungen zu erfüllen, welche zur Zeit des Eigenthumsüberganges aus dem Miethverhältnisse für den Vermiether als solchen sich ergeben. Er ist insbesondere zur Gebrauchsgewährung verpflichtet, mag auch der Grund, aus welchem dem Miether der vertragsmäßige Gebrauch nicht gewährt wird, bereits zu der Zeit entstanden sein, zu welcher das Eigenthum auf ihn noch nicht übergegangen war. Ist aber für den Veräußerer bereits eine Schadensersatzpflicht entstanden, so tritt in diese der Er-

§ 572 Satz 2. werber nicht ein.[13]) Auch ist dieser zur Rückgewähr einer dem Veräußerer bestellten Sicherheit an sich nicht verpflichtet, da diese Verpflichtung nicht aus dem Miethverhältniß an sich entspringt, sondern aus dem besonderen Abkommen über die Bestellung der Sicherheit und aus deren thatsächlicher Hingabe. Eine Verpflichtung des Erwerbers zur Rückgewähr der Sicherheit besteht daher nur, wenn die Sicherheit ihm thatsächlich ausgehändigt worden ist,[14]) oder wenn er dem Veräußerer gegenüber die Verpflichtung zur Rückgewähr der Sicherheit übernommen hat.[15])

§ 571 Abs. 2. 5. Soweit der Erwerber in die Rechte und Pflichten aus dem Miethverhältniß eintritt, tritt er an die Stelle des Vermiethers. Dieser scheidet in Folge dessen vom Eigenthumsübergang an aus dem Miethverhältniß aus. Er wird von seinen Verpflichtungen aus dem Miethvertrage frei; der Miether kann auf Erfüllung des Vertrags nicht gegen ihn, sondern nur gegen

---

[12]) Die Vorschrift ist von praktischer Bedeutung besonders für die Pacht. Vergl. Prot. II S. 261.

[13]) In den Fällen des § 538 trifft somit die Verpflichtung, dem Miether für einen bei dem Abschlusse des Vertrags vorhanden gewesenen oder später in Folge eines Umstandes, den der Veräußerer zu vertreten hat, eingetretenen Mangel Schadensersatz zu leisten, nur den Veräußerer. Ist der Veräußerer bereits mit der Beseitigung eines Mangels in Verzug gekommen, so ist er hierfür schadensersatzpflichtig. Für diese Verpflichtung, soweit sie sich auf die Zeit bis zum Eigenthumsübergange bezieht, ist der Erwerber nicht haftbar. Dagegen kann der Ansicht Planck's (Anm. 3c) nicht beigestimmt werden, daß der Erwerber zum Schadensersatze nur verpflichtet ist, wenn nach dem Eigenthumswechsel in seiner Person die Voraussetzungen einer solchen Verpflichtung vorliegen. Dies könnte unter Umständen zu großen Härten für die Miether führen. Durch einen starken Wolkenbruch ist z. B. ein Wohnraum am 13. April unbewohnbar geworden; trotz Aufforderung hat der Vermiether den Mangel nicht beseitigt und er ist daher dem Miether nach § 538 zum Schadensersatze verpflichtet. Am 15. Mai veräußert er das Grundstück. Der Miether, der hiervon erst am 1. Juni Kenntniß erlangt, fordert am 3. Juni den Erwerber auf, den Mangel zu beseitigen, was dieser auch thut. Nach der Ansicht von Planck würde der Miether für die Zeit vom 15. Mai bis zum 1. Juni keinen Schadensersatz verlangen können. Denn mit dem 15. Mai, dem Tage des Eigenthumswechsels, hat für den Veräußerer die Verpflichtung zur Beseitigung des Mangels aufgehört, der Erwerber ist nach § 571 Abs. 1 an seine Stelle getreten. Dieser aber ist nicht schadensersatzpflichtig, weil in seiner Person die Voraussetzung des Schadensersatzes, der Verzug, nicht eingetreten ist. Ein offenbar unannehmbares Resultat! Man muß vielmehr annehmen: Durch den Verzug ergiebt sich aus dem Miethverhältnisse die Verpflichtung zum Schadensersatz. In diese Verpflichtung tritt der Erwerber ein, ohne daß er noch einmal in Verzug gesetzt zu werden braucht. Er haftet aber nur für den Schaden, der dem Miether vom 15. Mai an erwächst, während für den Schaden bis dahin der Veräußerer allein haftet.

[14]) Diese Aushändigung kann der Erwerber auf Grund der Vorschrift des § 572 Satz 1 verlangen, jedoch kann der Veräußerer die Sicherheit solange zurückbehalten, als ihm noch Ansprüche aus dem Miethverhältnisse zustehen, welche auf den Erwerber nicht übergegangen sind. Mit derselben Beschränkung kann auch der Miether verlangen, daß der Veräußerer die Sicherheit dem Erwerber aushändige. Vergl. Mittelstein § 74 unter 5.

[15]) Es liegt in diesem Falle eine Schuldübernahme vor, welche, in Abweichung vom § 415, ohne Genehmigung des Miethers wirksam wird. Mittelstein § 74 unter 5. A. M. Oertmann Anm. 1 zu § 572.

den Erwerber klagen. Da es jedoch nicht der Billigkeit entsprechen würde, ohne Zustimmung des Miethers an die Stelle seines eigentlichen Schuldners einen neuen vielleicht zahlungsunfähigen Schuldner zu setzen, so erklärt das Gesetz den Vermiether neben dem Erwerber für haftbar, und zwar haftet er, wenn der Erwerber seine Verpflichtungen nicht erfüllt, zwar nicht direkt auf die Erfüllung dieser Verpflichtungen, aber für den vom Erwerber zu ersetzenden Schaden. Seine Haftung ist die eines Bürgen, jedoch ist die Einrede der Vorausklage ausgeschlossen.

6. Diese fortdauernde Haftung des Vermiethers kann unter Umständen zu einer Härte gegen diesen führen, da er für die Nichterfüllung der Verpflichtungen des Erwerbers aufkommen muß, ohne daß er die Möglichkeit hat, einen Einfluß darauf auszuüben, daß dieser seinen Verpflichtungen nachkommt. Daher eröffnet ihm das Gesetz einen Weg, auf dem er sich von einer zu langen Dauer dieser Bürgenhaftung befreien kann. Wenn er dem Miether von dem Eigenthumsübergange Mittheilung macht,[16]) so muß dieser das Miethverhältniß zu dem ersten Termine, zu welchem die Kündigung zulässig ist, kündigen,[17]) widrigenfalls der Vermiether für die Zeit von diesem Termin an von seiner Haftung frei wird.[18]) Selbstverständlich ist, daß der Vermiether nur für die Verpflichtungen aus dem von ihm abgeschlossenen Miethvertrage haftet. Kommt zwischen dem Erwerber und dem Miether ein neuer Miethvertrag zu Stande, was auch durch stillschweigende Verlängerung in Gemäßheit des § 568 der Fall sein kann, so ist für die Verpflichtungen aus diesem Vertrage der Vermiether in keiner Weise haftbar.[19])

---

[16]) Eine auf andere Weise, insbesondere durch eine Anzeige des Erwerbers herbeigeführte Kenntniß, hat diese Wirkung nicht. Vergl. Prot. II S. 144. — Die Mittheilung des Vermiethers braucht sich nicht an die Veräußerung anzuschließen, sondern kann auch noch später zu jeder beliebigen Zeit erfolgen. Ist sie erfolgt, so muß der Miether nunmehr zum nächsten zulässigen Termine kündigen, widrigenfalls ihm von da an nur der Erwerber haftet.

[17]) Sei es, daß ihm ein Kündigungsrecht auf Grund des Vertrags (vergl. oben § 160 Anm. 1) zusteht, oder daß er nach dem Gesetze zu einer Kündigung mit Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigt ist (§§ 564, 567, 569, 570). Nicht hierher gehört dagegen der Fall der §§ 542, 544. — Planck (Anm. 4c zu § 571) scheint anzunehmen, daß nur das gesetzliche Kündigungsrecht aus § 564 Abs. 2 gemeint ist. Zu dieser Einschränkung liegt jedoch keine Veranlassung vor. Z. B.: Das Miethverhältniß läuft bis zum 1. April 1904. Im Januar 1902 veräußert der Vermiether das Grundstück und theilt dies dem Miether mit. Im Mai 1902 stirbt der Miether. Sein Erbe macht von dem Kündigungsrechte des § 569 keinen Gebrauch. Auch in diesem Falle hat der Miether das Miethverhältniß nicht für den ersten Termin, für den die Kündigung zulässig war, den 1. Oktober 1902, gekündigt und es tritt in Folge dessen die Befreiung des Vermiethers ein. Vergl. Neumann Anm. IV zu § 571.

[18]) Die Befreiung tritt nur für die Zukunft ein. Durch die unterlassene Kündigung giebt der Miether zu erkennen, daß er mit dem Eintritte des Erwerbers an die Stelle des Vermiethers einverstanden ist, er geht gewissermaßen ein neues Miethverhältniß mit dem Erwerber ein, daher haftet der Vermiether für die Zukunft nicht mehr. Vergl. Planck Anm. 4c zu § 571. A. M. Oertmann Anm. 4 zu § 571.

[19]) Der Miethvertrag ist bis zum 1. April 1904 geschlossen. Im Jahre 1903 veräußert der Vermiether das Grundstück, der Miether setzt nach dem 1. April 1904 den Gebrauch fort, so daß der Vertrag vom 1. April 1904 an stillschweigend verlängert ist. Der Vermiether haftet vom 1. April 1904 an nicht, auch wenn er dem Miether die Veräußerung nicht mitgetheilt hat. Denn das vom 1. April 1904 an laufende Miethverhältniß ist ein neues, vom Erwerber eingegangenes. — Der Miethvertrag ist bis zum 1. April 1904 mit der Maßgabe geschlossen, daß er sich verlängert, wenn er nicht 3 Monate vor Ablauf gekündigt wird. Nachdem der Vermiether das Grundstück veräußert hat, vereinbaren Erwerber und Miether, daß der Vertrag zu einem erhöhten Miethzinse bis zum 1. April 1906 fortgesetzt werden solle. Auch in diesem Falle haftet der Vermiether nicht für die Zeit nach dem 1. April 1904, selbst wenn er dem Miether die Veräußerung nicht mitgetheilt hat.

II. Von dem Eigenthumsübergang an erlangt der Erwerber die Rechte aus dem Miethverhältniß, insbesondere den Anspruch auf den Miethzins. Er erwirbt diesen Anspruch nicht als einen, der bereits in der Person des Veräußerers entstanden ist und auf ihn übertragen wird; er tritt vielmehr in diesen durch das Miethverhältniß begründeten Anspruch aus eigenem Rechte ein[20]. Die Folge hiervon ist, daß alle Verfügungen, die der Vermiether vor dem Eigenthumsübergang über solche Miethzinsen getroffen hat, welche in die Zeit der Berechtigung des Erwerbers fallen, unwirksam sein müssen. Von diesem aus dem Prinzipe, welches dem § 571 zu Grunde liegt, sich ergebenden Grundsatze schreibt das Gesetz jedoch, theils im Interesse des Vermiethers, theils im Interesse des Miethers, einige Ausnahmen vor:

§ 573. 1. Um den Vermiether in der im wirthschaftlichen Interesse oft nothwendig werdenden Vorausverfügung über Miethzinsen nicht allzusehr zu beschränken, gestattet ihm das Gesetz derartige Vorausverfügungen auf ein halbes Jahr: eine Verfügung, die er vor dem Eigenthumsübergange getroffen hat, ist insoweit wirksam, als sie sich auf den Miethzins für das zur Zeit des Eigenthumsüberganges laufende und das folgende Kalendervierteljahr bezieht[21]. Darüber hinaus braucht der Erwerber eine Verfügung über den Miethzins nur dann gegen sich gelten zu lassen, wenn er sie zur Zeit seines Eigenthumserwerbes kennt, gleichgültig, wodurch er diese Kenntniß erlangt hat. Insoweit hiernach der Erwerber die Verfügung gegen sich gelten lassen muß, steht ihm kein Anspruch gegen den Miether zu; er kann sich vielmehr nur an den Veräußerer auf Grund des zwischen ihnen bestehenden obligatorischen Verhältnisses halten. Soweit die Verfügung dem Erwerber gegenüber unwirksam ist, kann der Miether sich diesem gegenüber auf die Verfügung nicht berufen, er muß ihm vielmehr den Miethzins entrichten und kann nur gegebenen Falls Regreßansprüche gegen den Vermiether geltend machen. — Ein Gläubiger des Vermiethers, welcher vor dem Eigenthumsübergange Miethzinsen gepfändet hat, kann seinerseits dem Erwerber gegenüber sich auf die Vorschrift des § 573 nicht berufen[22].

---

[20]) Vergl. oben Anm. 8.

[21]) Unter die Vorschrift des § 573 fallen nicht nur Verfügungen, welche der Vermiether über den Miethzins ohne Mitwirkung des Miethers trifft, insbesondere Abtretung und Verpfändung, sondern auch Verfügungen, welche in einem Rechtsgeschäfte mit dem Miether bestehen, wie Einziehung, Erlaß, Aufrechnung. Wenn auch in dieser Beziehung der § 574 dem Miether noch besonderen Schutz gewährt — wodurch der § 573 Satz 1 in Ansehung solcher Rechtsgeschäfte bedeutungslos wird — so gewährt doch andererseits der § 573 Satz 2 dem Miether einen über die Vorschrift des § 574 hinausgehenden Schutz. Hat z. B. der Vermiether am 1. Januar 1902 den Miethzins für ein ganzes Jahr, bis zum 1. Januar 1903, im Voraus erhoben, veräußert er sodann im Februar 1902 das Grundstück und erfährt dies der Miether im März 1902, so würde nach § 574 Satz 1 dem Erwerber gegenüber die Vorauserhebung nur für die Zeit bis zum 1. Juli 1902 wirksam sein. Hat aber der Erwerber zur Zeit des Eigenthumserwerbes gewußt, daß der Miethzins für das ganze Jahr 1902 eingezogen ist, so muß er nach § 573 Satz 2 diese Vorauserhebung in vollem Umfange gegen sich gelten lassen.

[22]) Das Gegentheil nehmen an: Mittelstein § 74 unter 6a, Fischer-Henle Anm. 1 zu § 573, Oertmann Anm. 2 zu § 573. Jedoch kann diese gegentheilige Ansicht nicht für richtig erachtet werden. Zunächst fällt, wenn auch nicht entscheidend, ins Gewicht, daß im § 573 nicht, wie in anderen Fällen (vergl. §§ 135 Abs. 1 Satz 2, 161 Abs. 1 S. 2, 184 Abs. 2, 353 Abs. 2, 499 Satz 2, 883 Abs. 2 Satz 2, 2115 Satz 1), der rechtsgeschäftlichen Verfügung eine Verfügung, die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt ist, gleichgestellt ist. Ob eine solche Gleichstellung zulässig ist, ist in jedem einzelnen Falle besonders zu untersuchen. Wenn Oertmann sagt: „was von Verfügungen des Vermiethers gilt, muß auch auf diejenigen seiner Gläubiger ausgedehnt werden", so ist dies ein Satz, der in dieser Allgemeinheit unzutreffend ist. Das Gesetz steht durchaus nicht auf

2. Einen noch weitergehenden Schutz gewährt das Gesetz dem Miether in Ansehung solcher Rechtsgeschäfte, die zwischen ihm und dem Vermiether hinsichtlich der Miethzinsforderung vorgenommen werden[23]. Wenn auch die Miethzinsforderungen dem Erwerber aus eigenem Rechte zustehen, so ist doch die Lage, in welche der Miether in Folge der Veräußerung des Grundstücks kommt, eine ähnliche wie diejenige, welche bei der Abtretung einer Forderung eintritt. An die Stelle des bisherigen Gläubigers tritt ein neuer. Es kann dem Miether nicht zum Nachtheile gereichen, wenn er sich hinsichtlich des Miethzinses mit dem Vermiether, den er für seinen Gläubiger zu halten berechtigt ist, in Rechtsgeschäfte einläßt. Um jedoch auch die Interessen des Erwerbers in genügender Weise zu schützen, erklärt das Gesetz solche Rechtsgeschäfte nicht

§ 574.

---

dem Standpunkte, daß insoweit, als Jemand zu verfügen berechtigt ist, die Verfügung auch von seinem Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung getroffen werden kann. Das Prinzip ist vielmehr, daß Jeder nur über sein eigenes Vermögen Verfügungen treffen kann, Verfügungen über fremdes Vermögen sind grundsätzlich unwirksam (§ 185 Abs. 1). Nemo plus juris transferre potest, quam ipse habet. Wenn das Gesetz von diesem Grundsatz im Interesse des Verkehrs, insbesondere zu Gunsten gutgläubiger Erwerber, Ausnahmen macht, so beziehen diese Ausnahmen sich immer nur auf rechtsgeschäftliche Verfügungen (vergl. §§ 892 Satz 1, 932 ff., 1032, 1207 ff., 2366 u. a.); sie kommen auf den Erwerb kraft Gesetzes oder auf Grund einer Pfändung nicht zur Anwendung. Hieraus ergiebt sich, daß, soweit es sich um Verfügungen über eigenes Vermögen handelt, der rechtsgeschäftlichen Verfügung grundsätzlich eine im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgende gleichsteht, soweit dagegen Jemand ausnahmsweise über fremdes Vermögen zu verfügen befugt ist, diese Befugniß nicht auch seinem Gläubiger zusteht. Demgemäß hängt die Beantwortung der Frage, ob die Vorschrift des § 573 auf die Pfändung von Miethzinsforderungen auszudehnen ist, von der Beantwortung der Frage ab: Verfügt der Vermiether, der vor dem Eigenthumsübergang über den auf die Zeit der Berechtigung des Erwerbers entfallenden Miethzins eine Verfügung trifft, über eine eigene, oder über eine fremde Forderung? Nach der dem § 571 zu Grunde liegenden Konstruktion (vergl. oben Anm. 8) ist Letzteres der Fall. Vom Eigenthumsübergang an steht die Miethzinsforderung, als eine mit dem Eigenthum am Grundstücke verbundene, dem Erwerber kraft seines Eigenthums, also als eigene zu. Dem Vermiether steht der Miethzins für eine künftige Zeit nur als eine bedingte Forderung zu, nämlich unter der Suspensiv-Bedingung, daß er während der Zeit, auf welche der Miethzins entfällt, auch der Berechtigte ist. Veräußert er das Grundstück, so daß hierdurch die aufschiebende Bedingung nicht eintritt, so hat er über eine fremde Forderung verfügt, die Verfügung ist also unwirksam. Hiervon macht das Gesetz eine Ausnahme, indem es im § 571 solche Verfügungen des Vermiethers in beschränktem Umfange für wirksam erklärt. Da es sich somit um Verfügungen über fremdes Vermögen handelt, kann die Ausnahmevorschrift einem pfändenden Gläubiger des Vermiethers nicht zu Gute kommen. (Vergl. Bendix in JW. 1902 S. 58). Dementsprechend hat auch das Reichsgericht (Bd. 6 S. 109 ff., Bd. 33 S. 45 ff.) auf Grund der alten Reichs-Konkursordnung jede Verfügung, die der Vermiether vor der Konkurseröffnung über den auf die Zeit des Konkurses entfallenden Miethzins getroffen hat, für unwirksam erklärt, da von der Konkurseröffnung ab die Konkursmasse es ist, welche den Gebrauch gewährt, und deswegen „ihr für die Zeit des Konkursverfahrens ein von den Verfügungen des Kridars unabhängiges Recht auf das Aequivalent der Miethnutzung eingeräumt wird." Und wenn durch die neue Konkursordnung (§ 21 Abs. 2) dieser Grundsatz dahin modifiziert worden ist, daß Verfügungen, die der Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung über den auf eine spätere Zeit entfallenden Miethzins getroffen hat, in demselben beschränkten Umfange, wie es im § 573 vorgeschrieben ist, wirksam sind, so kann auch diese Ausnahmevorschrift nicht auf eine Pfändung der Miethzinsforderung ausgedehnt werden. (Ebenso Jäger Anm. 16 zu § 21 KO.) — Die hier erörterte Frage ist von praktischer Bedeutung insbesondere bei der Zwangsversteigerung des Grundstücks (§ 57 ZVG.). Der Ersteher muß Verfügungen, die der Subhastat vor dem Zuschlag über Miethzinsforderungen getroffen hat, in dem in § 573 S. 1 bestimmten Umfange gegen sich gelten lassen, eine Pfändung des auf die Zeit nach dem Zuschlag entfallenden Miethzinses ist ihm gegenüber unwirksam. — Es ist nicht zu verkennen, daß nach der hier vertretenen Ansicht der

schlechthin dem Erwerber gegenüber für wirksam, sondern nur hinsichtlich des Miethzinses für dasjenige Kalendervierteljahr, in welchem dem Miether die Veräußerung des Grundstücks bekannt wird, und das folgende Vierteljahr. Gleichgültig ist, ob das Rechtsgeschäft vor oder nach der Veräußerung vorgenommen worden ist[24]). Diese Vorschrift kommt aber nur dem gutgläubigen Miether zu Statten. Wird das Rechtsgeschäft nach der Veräußerung vorgenommen und hat der Miether bereits Kenntniß von dem Eigenthumsübergange, so ist das Rechtsgeschäft dem Erwerber gegenüber in vollem Umfang unwirksam[25]).

§ 575. 3. Auch hinsichtlich der Aufrechnungsbefugniß ist dem Miether derselbe

---

Vermiether die Pfändung künftigen Miethzinses durch Veräußerung des Grundstücks illusorisch machen kann. Es bleibt in einem solchen Falle dem Gläubiger nur der Weg der Anfechtung der Veräußerung offen.

[23]) Vergl. über das Verhältniß der §§ 574 und 573 zu einander oben Anm. 21 und die nachfolgende Anm. 24.

[24]) Am 1. April 1902 zieht der Vermiether den Miethzins für die Zeit vom 1. April 1902 bis 1. April 1903 ein. Im Mai veräußert er das Grundstück. Erlangt der Miether erst nach dem 1. Oktober 1902 Kenntniß von der Veräußerung, so ist die Vorauserhebung in ihrem ganzen Umfange dem Erwerber gegenüber wirksam. In diesem Beispiele zeigt sich, wie sehr durch die Vorschrift des § 574 Satz 1 die des § 573 Satz 1 zu Gunsten des Miethers erweitert ist. Hätte der Vermiether am 1. April 1902 den Miethzins für die Zeit bis zum 1. April 1903 nicht vorauserhoben, sondern abgetreten oder verpfändet, so wäre, wenn im Mai die Veräußerung des Grundstücks erfolgt, die Abtretung und Verpfändung nur für die Zeit bis zum 1. Oktober 1902 dem Erwerber gegenüber wirksam. Es ist aber hierbei zu beachten, daß der Schutz des § 574 Satz 1 dem Miether nicht nur zu Gute kommt, wenn er das Rechtsgeschäft mit dem Vermiether selbst, sondern auch wenn er es mit dessen Rechtsnachfolger, z. B. dem Cessionar, vorgenommen hat. Hat also, nachdem der Vermiether den Miethzins für die Zeit vom 1. April 1902 bis 1. April 1903 abgetreten hat, der Cessionar diesen ganzen Miethzins im Voraus eingezogen, erfolgt hierauf im Mai die Veräußerung des Grundstücks und erlangt der Miether im Oktober Kenntniß von der Veräußerung, so ist der Miether nach § 574 Satz 1 gegen eine nochmalige Zahlung geschützt, der Cessionar muß aber den Miethzins für die Zeit vom 1. Oktober 1902 bis 1. April 1903 dem Erwerber herauszahlen. Erhebt der Vermiether den Miethzins nach der Veräußerung des Grundstücks, so ist auch dieses Rechtsgeschäft in dem Umfange des § 574 Satz 1 wirksam. Die Veräußerung ist am 5. Mai 1902 erfolgt, am 10. Mai erhebt der Vermiether den Miethzins für die Zeit bis zum 1. April 1902, am 15. Mai erfährt der Miether den Eigenthumsübergang. Die Vorauserhebung ist nur hinsichtlich des Miethzinses für die Zeit bis zum 1. Oktober wirksam. Der Miether muß, obwohl er zur Zeit der Vorauszahlung, am 10. Mai, gutgläubig war, dem Erwerber den Miethzins für die Zeit vom 1. October 1902 an nochmals zahlen. Aus alledem folgt einmal, daß es für den Erwerber des Grundstück wichtig ist, daß die Miether so schnell als möglich von dem Eigenthumsübergang in Kenntniß gesetzt werden, andererseits, daß es für den Miether unter allen Umständen gefährlich ist, den Miethzins für eine längere Zeit als ein halbes Jahr im Voraus zu zahlen.

[25]) Der § 574 spricht nur von Rechtsgeschäften in Ansehung der Miethzinsforderung. Beschränkt man die Vorschrift auf diese Rechtsgeschäfte, so ist die Lage des Miethers eine äußerst gefährdete. Man nehme an, daß nach dem Inhalte des Miethvertrags der Miether spätestens am 1. October kündigen muß, widrigenfalls das Miethverhältniß sich auf 3 Jahre verlängert. Am 25. September hat der Vermiether das Grundstück veräußert. Der Miether, der hiervon keine Kenntniß hat, kündigt rechtzeitig dem Vermiether. Nach § 571 Abs. 1 muß vom 25. September an die Kündigung dem Erwerber gegenüber erfolgen. Soll also die dem Vermiether gegenüber erklärte Kündigung wirkungslos sein? Dem § 574 liegt der Gedanke zu Grunde: „Die Rechtsstellung des Miethers müsse ähnlich geregelt werden, wie die des Cessus, der von der Cession keine Kenntniß gehabt hat“ (Prot. II S. 147). Man wird hiernach in analoger Anwendung des § 574 annehmen müssen, daß alle Erklärungen, die vom Miether dem Vermiether gegenüber abzugeben sind, insbesondere eine Kündigung und die Anzeige aus § 545, wirksam sind, wenn sie der Miether nach der Veräußerung des Grundstücks dem Veräußerer gegenüber abgiebt, falls er von der Veräußerung keine Kenntniß hat. Vergl. auch Mittelstein § 74 unter 3.

Schutz gewährt wie dem Schuldner einer abgetretenen Forderung.[26]) Obwohl von dem Eigenthumsübergang an die Miethzinsforderung dem Erwerber des Grundstücks zusteht, kann der Miether dennoch in demselben Umfang, in welchem er durch Entrichtung des Miethzinses an den Vermiether dem Erwerber gegenüber befreit wird, gegen diese Miethzinsforderung eine ihm gegen den Vermiether zustehende Forderung aufrechnen.[27]) Diese Befugniß hat er nicht nur hinsichtlich solcher Forderungen, die ihm zur Zeit der Veräußerung gegen den Vermiether zustanden, er kann vielmehr auch solche Gegenforderungen aufrechnen, die er nach dem Eigenthumsübergange gegen den Vermiether erworben hat, wenn er nur zur Zeit dieses Erwerbes noch keine Kenntniß von dem Eigenthumsübergang erlangt hat. Von der Aufrechnung ausgeschlossen ist jedoch die Gegenforderung, wenn sie erst nach Erlangung der Kenntniß und später als der Miethzins fällig geworden ist.

4. Endlich ist zum Schutze des Miethers noch die für die Abtretung einer Forderung gegebene Vorschrift des § 409[28]) auf das Verhältniß zwischen dem Veräußerer und dem Miether übertragen. Von dem Eigenthumsübergang an ist der Erwerber der Gläubiger der Miethzinsforderung. Ob ein Eigenthumsübergang in wirksamer Weise erfolgt ist, hat der Miether zu prüfen. Ist der Erwerber als Eigenthümer im Grundbuch eingetragen, so ist die an ihn bewirkte Zahlung des Miethzinses nach der Vorschrift des § 893[29]) wirksam. Darüber hinaus muß der Vermiether, wenn er dem Miether angezeigt hat, daß er das Grundstück an einen Dritten veräußert hat, alle Rechtsgeschäfte gegen sich gelten lassen, welche der Miether mit diesem Dritten hinsichtlich der Miethzinsforderung vorgenommen hat. Die Rücknahme der Anzeige ist nur mit Zustimmung dieses Dritten zulässig.[30]) **§ 576.**

---

[26]) Die Vorschrift des § 575 entspricht der des § 406. Vergl. hierzu oben § 119 unter 5.

[27]) Die Aufrechnung von Gegenforderungen des Miethers ist demgemäß zulässig gegen die Miethzinsforderungen des Erwerbers für die Zeit bis zum Ablaufe des Kalendervierteljahrs, welches auf das Kalendervierteljahr folgt, in welchem der Miether von dem Eigenthumsübergange Kenntniß erlangt.. Daß die Gegenforderungen des Miethers aus dem Miethverhältnisse herrühren, ist nicht erforderlich, wie denn die Aufrechnung eine Konnexität der Forderungen überhaupt nicht voraussetzt (vergl. oben § 112 unter 2, Oertmann Anm. 2 zu § 575). — Nach dem Wortlaute des § 575 käme der ganze § 574, also auch dessen Satz 2, zur Anwendung. Dies würde zur Folge haben, daß der Miether, ebenso wie er, nachdem er von dem Eigenthumsübergange Kenntniß erlangt hat, sich durch die Entrichtung des Miethzinses an den Vermiether nicht mehr dem Erwerber gegenüber befreit, auch nicht mehr die Aufrechnung erklären könnte. Dies kann jedoch nicht gemeint sein. Der Miether hat z. B. dem Vermiether am 20. März ein Darlehen gegeben. Am 10. April veräußert der Vermiether das Grundstück, was am 15. April dem Miether bekannt wird. Der Miether kann die Darlehensforderung gegen den Miethzins für die Zeit vom 1. April bis 1. October aufrechnen. Ob er die Aufrechnungserklärung vor oder nach dem 15. April abgiebt, ist gleichgültig. Wollte man die nach dem 15. April erfolgte Erklärung wegen der Vorschrift des § 574 Satz 2 für unwirksam erklären, so würde man dem § 575 seine praktischste Bedeutung rauben. Die Vorschrift des § 574 Satz 2 will dem schlechtgläubigen Miether den Schutz des § 574 Satz 1 nehmen. Dies geschieht hinsichtlich der Aufrechnungsbefugniß durch die Bestimmung des § 575 Satz 2, so daß hierdurch eine nochmalige Anwendung des § 574 Satz 2 ausgeschlossen ist. Vergl. auch Planck Anm. zu § 575, Mittelstein § 74 unter 5.

[28]) Vergl. oben § 120 unter 1, 2, 3, (S. 446).

[29]) Die Vorschrift des § 893 setzt voraus, daß an den eingetragenen Berechtigten eine Leistung auf Grund des eingetragenen Rechtes bewirkt wird. Dieser Fall liegt vor. Dem Erwerber steht der Miethzins auf Grund seines Eigenthums zu.

[30]) Vergl. im Uebrigen die Ausführungen zu § 409 Absatz 1 Satz 1 und Abs. 2 oben § 120, insbesondere darüber, daß die Vorschrift nur zu Gunsten des Miethers

§ 577. III. Die Belastung des vermietheten Grundstücks.

In gleicher Weise, wie der Miether dem Erwerber des Grundstücks gegenüber in seinem Miethsrechte geschützt wird, wird ihm auch Schutz gewährt gegenüber demjenigen, welcher nach der Ueberlassung des Grundstücks an den Miether ein Recht an dem Grundstück erwirbt, dessen Ausübung in die Rechte des Miethers einzugreifen geeignet ist.

1. Ist das Recht des Dritten von der Beschaffenheit, daß durch seine Ausübung dem Miether der vertragsmäßige Gebrauch entzogen werden würde, so kommen die Vorschriften, welche für die Veräußerung des Grundstücks gelten, zur entsprechenden Anwendung. Als Rechte, welche die bezeichnete Wirkung haben, kommen das Erbbaurecht, der Nießbrauch und das Wohnungsrecht in Betracht[31]). Wird das Grundstück von dem Vermiether mit einem solchen Rechte belastet, so tritt der Berechtigte während der Dauer seiner Berechtigung in die Rechte und Pflichten aus dem Miethverhältniß ein[32]). Der Vermiether haftet nach Maßgabe der Vorschrift des § 571 Abs. 2 Satz 1 als Bürge und wird nach Maßgabe des § 571 Abs. 2 Satz 2 von dieser Haftung befreit[33]).

gilt, der Erwerber sich somit auf sie nicht berufen kann (oben § 120 unter 1), ferner über die Frage, inwieweit die Vorschrift des § 576 zur Anwendung kommt, wenn der Miether weiß, daß keine wirksame Uebertragung des Eigenthums vorliegt (oben § 120 Anm. 2) und über die Bedeutung des § 576 Abs. 2 (oben § 120 unter 3).

[31]) Vergl. M. II S. 387, Prot. II S. 161. Die Motive erwähnen ferner die Uebertragung des dem Vermiether an dem Grundstücke zustehenden Erbbau- und Nießbrauchsrechts auf den Dritten. Hat der Erbbauberechtigte vermiethet und überträgt er sein Erbbaurecht auf einen Dritten, so kommen die Vorschriften der §§ 571—576 auf Grund des § 1017 zur Anwendung. Der Nießbrauch ist, im Gegensatze zu E. I § 1011, nicht übertragbar (§ 1059 S. 1). Ueberläßt der Nießbraucher einem Anderen die Ausübung (§ 1059 Satz 2), so tritt dieser nur in ein obligatorisches Verhältniß zum Nießbraucher; eine Beeinträchtigung der Rechte des Miethers kann nicht eintreten.

[32]) Oertmann (Anm. 1 zu § 577, dem Mittelstein § 77 unter 2 beitritt) will die Vorschrift dahin einschränken, daß dem Berechtigten der Anspruch auf die Miethzinsforderung nur insoweit zusteht, als ihm kraft seines Rechtes die Früchte der Miethsache gebühren, und er nimmt daher an, daß derjenige, welchem ein Wohnungsrecht an dem Grundstück eingeräumt wird (§ 1093), keinen Anspruch auf Miethzinsen hat. Diese einschränkende Auslegung des § 577 erscheint jedoch unzutreffend. A. hat in seinem Hause dem B. eine Wohnung vermiethet. In seinem Testamente vermacht er dem C. ein lebenslängliches Wohnungsrecht und es wird dem C. in Folge dessen dieses Wohnungsrecht von den Erben des A. bestellt. C. muß nicht nur trotz seines dinglichen Rechtes hinter das persönliche Recht des A. zurücktreten, sondern ihm gegenüber auch alle Verpflichtungen des Vermiethers erfüllen. Es ist daher nur recht und billig, daß er als Korrelat für diese Verpflichtungen und zugleich als Entschädigung dafür, daß er sein Wohnungsrecht, soweit das Miethsrecht des B. reicht, nicht ausüben kann, den Anspruch auf den Miethzins erhält. Nicht der Erbe des A., sondern C. gewährt dem B. die Wohnung. Nach § 1092 kann der Berechtigte die Ausübung des Wohnungsrechts einem Anderen überlassen, wenn die Ueberlassung gestattet ist. Im Falle des § 577 zwingt ihn gewissermaßen das Gesetz, die Ausübung des Wohnungsrechts dem Miether zu überlassen, aber nicht unentgeltlich.

[33]) Auch § 571 Abs. 2 kommt in vollem Umfange zur Anwendung. A. M. anscheinend Oertmann (Anm. 1a β zu § 577), nach welchem der Berechtigte nicht an die Stelle des Vermiethers, sondern neben ihn tritt. Wenn Oertmann bemerkt, daß sonst für den Fall, daß das Recht während der Dauer der Miethe wegfällt, dem Miether, wenn die Verpflichtungen völlig auf den Dritten übergegangen wären, Niemand als Verpflichteter gegenüberstände, so übersieht er, daß alle Bestimmungen des § 571 nur während der Dauer der Berechtigung des Dritten Platz greifen. A., der eine Wohnung dem B. auf die Zeit vom 1. April 1902 bis 1. April 1905 vermiethet hat, bestellt am 1. April 1903 dem C. den Nießbrauch am Grundstück. Im Jahre 1904 stirbt C. Dann ist C. in die Rechte und Pflichten aus dem Miethverhältnisse nur für die Zeit vom 1. April 1903 bis zu seinem Tode eingetreten; für diese Zeit haftet A. als Bürge. Vom Tode des C. bis zum 1. April 1905 hat wieder A. die Rechte und Pflichten des Vermiethers.

2. Ist das dem Dritten eingeräumte Recht von der Beschaffenheit, daß seine Ausübung nur eine Beschränkung des vertragsmäßigen Gebrauchs des Miethers zur Folge haben würde, was insbesondere bei Grunddienstbarkeiten und beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten der Fall sein kann, so kann der Miether von dem Berechtigten verlangen, daß er die Ausübung seines Rechtes insoweit unterlasse, als die Ausübung seinen vertragsmäßigen Gebrauch beeinträchtigen würde[34]). Darüber hinaus ist der Berechtigte dem Miether nicht verpflichtet, vielmehr haftet diesem aus dem Miethverhältnisse nach wie vor nur der Vermiether. Ebenso wenig erlangt der Berechtigte irgend welchen Anspruch auf den Miethzins. Soweit er durch die Rechte des Miethers in der Ausübung seiner Berechtigung eingeschränkt wird, stehen ihm Regreßansprüche nur an den Besteller seines Rechtes auf Grund des der Bestellung zu Grunde liegenden kausalen Verhältnisses zu.

IV. Die Veräußerung und Belastung des Grundstücks vor der Ueberlassung an den Miether.

1. Der dem Miether durch das Gesetz gewährte Schutz versagt, wenn der Vermiether in der Zeit zwischen dem Abschlusse des Miethvertrags und der Ueberlassung des vermietheten Grundstücks an den Miether das Grundstück veräußert oder belastet. Das dingliche Recht des Dritten geht dem persönlichen Rechte des Miethers vor, selbst wenn der Dritte bei dem Erwerbe seines Rechtes den Abschluß des Miethvertrags gekannt hat. Der Miether kann von dem Erwerber die Ueberlassung des vermietheten Grundstücks nicht verlangen, er kann vielmehr seine Ansprüche nur gegen den ihm persönlich verhafteten Vermiether geltend machen.[35])

2. Vereinbart jedoch der Vermiether mit dem Erwerber des Grundstücks, daß dieser dem Vermiether gegenüber die Erfüllung der sich aus dem Miethverhältniß ergebenden Verpflichtungen übernehme, so treten dieselben Wirkungen ein wie bei einer Veräußerung des Grundstücks nach der Ueberlassung. Dem zwischen dem Vermiether und dem Erwerber geschlossenen Vertrag ist vom Gesetz eine eigenthümliche weittragende Wirkung beigelegt: er stellt sich einmal als ein unmittelbar zu Gunsten des Miethers wirkender Vertrag dar, denn der Miether kann seine Ansprüche aus dem Miethvertrage nunmehr gegen den Erwerber geltend machen[36]); er hat ferner die Wirkung einer Schuldübernahme, allerdings mit der Beschränkung, daß der Vermiether von seinen Verpflichtungen nicht völlig befreit wird, sondern nach Maßgabe des § 571 Abs. 2 als Bürge weiter verhaftet bleibt; er bewirkt endlich den Eintritt des Erwerbers in die aus dem Miethverhältnisse sich ergebenden Rechte.[37]) § 578.

---

[34]) Dieses Verlangen kann der Miether mit direkter Klage gegen den dinglich Berechtigten oder durch Einrede gegen dessen dingliche Klage geltend machen. Vergl. Planck Anm. 2 zu § 577.

[35]) Es liegt der Fall des § 325 (§ 275 Abs. 2) vor. Vergl. Neumann Anm. zu § 578.

[36]) Vergl. § 328. Es liegt ein Vertrag zu Gunsten eines Dritten vor, bei welchem der Dritte, der Miether, das Recht sofort erwirbt und die Vertragschließenden nicht befugt sind, dieses Recht des Dritten ohne dessen Zustimmung aufzuheben oder zu ändern (§ 328 Abs. 2).

[37]) Auch hier macht der Erwerber die Rechte aus dem Miethverhältnisse nicht als Zessionar des Vermiethers, sondern aus eigenem Rechte geltend. Es kommen sämmtliche Vorschriften der §§ 571—576 zur unmittelbaren Anwendung, denn es gilt, wie § 578 vorschreibt, das Gleiche, wie im Falle des § 571 Abs. 1, d. h. wie im Falle der Veräußerung des Grundstücks nach der Ueberlassung. Ebenso findet im Falle der Belastung des Grundstücks die Vorschrift des § 577 direkte Anwendung.

V. Die Veräußerung und Belastung des Grundstücks Seitens des Erwerbers.

§ 579. 1. Der Erwerber des Grundstücks tritt nur in diejenigen Rechte und Verpflichtungen ein, welche sich aus dem Miethverhältnisse während der Dauer seines Eigenthums ergeben. Veräußert er seinerseits das Grundstück weiter, so tritt nunmehr der neue Erwerber von seinem Eigenthumserwerb an in die Rechte und Pflichten aus dem Miethverhältniß ein. Insbesondere stehen ihm die nach seinem Eigenthumserwerbe fällig werdenden Miethzinsforderungen zu. Hat der weiterveräußernde Erwerber über diese Miethzinsforderungen Vorausverfügungen getroffen, so richtet sich auch deren Wirksamkeit nach den Vorschriften der §§ 573, 574.[38])

2. Der neue Erwerber tritt ebenso vom Eigenthumserwerb an in die Verpflichtungen aus dem Miethverhältniß ein. Der erste Erwerber dagegen wird mit dem Eigenthumsübergange seinerseits von den Verpflichtungen, in welche er eingetreten war, frei. Eine Weiterhaftung, wie sie bei dem Vermiether im § 571 Abs. 2 vorgeschrieben ist, ist ihm nicht auferlegt. Dagegen haftet der Vermiether seinerseits auch für die Verpflichtungen des neuen Erwerbers nach Maßgabe des § 571 Abs. 2. Dies setzt aber voraus, daß dasselbe Miethverhältniß, welches zwischen dem Vermiether und dem Miether eingegangen worden ist, noch besteht. Ist der erste Erwerber ein neues Miethverhältniß mit dem Miether eingegangen, so kommt er bei einer Weiterveräußerung des Grundstücks nicht als veräußernder Erwerber, sondern als veräußernder Vermiether in Betracht. Es trifft ihn demgemäß auch die Haftung aus § 571 Abs. 2.[39]) — Selbstverständlich ist ferner, daß, wenn der Vermiether einmal auf Grund des § 571 Abs. 2 Satz 2 von seiner Haftung frei geworden ist, diese seine Befreiung eine definitive ist, er also auch nicht für die Verpflichtungen des neuen Erwerbers als Bürge haftet.[40])

3. Hat die Veräußerung des vermietheten Grundstücks vor der Ueberlassung an den Miether stattgefunden, der Erwerber aber dem Vermiether gegenüber die Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Miethverhältniß übernommen (§ 578) und erfolgt nunmehr eine Weiterveräußerung oder eine Belastung des Grundstücks Seitens des Erwerbers, so ist der Miether auch dem neuen Erwerber gegenüber in Gemäßheit der Vorschrift des § 578 geschützt.[41])

---

[38]) Die Befugniß des Miethers, gegen die dem neuen Erwerber zustehenden Miethzinsforderungen Gegenforderungen gegen den Vermiether und den ersten Erwerber aufzurechnen, richtet sich nach der Vorschrift des § 575. Ebenso kommt die Vorschrift des § 576 zur Anwendung: der Veräußerer muß eine dem Miether gemachte Anzeige von der Uebertragung des Eigenthums auf einen neuen Erwerber gegen sich gelten lassen. Endlich gelten auch die Vorschriften des § 572: der neue Erwerber tritt in die Rechte aus einer vom Miether bestellten Sicherheit ein, haftet für die Rückgewähr aber nur unter den Voraussetzungen des § 572 Satz 2.

[39]) Vergl. oben S. 587 unter 6 und die Beispiele in Anm. 19.

[40]) Belastet der Erwerber das Grundstück, so greifen die Grundsätze des § 577 Platz mit der aus § 579 sich ergebenden Modifikation, daß § 571 Abs. 2 keine Anwendung findet, d. h. wenn der Berechtigte (Nießbraucher, Erbbauberechtigte) die sich aus dem Miethverhältniß ergebenden Verpflichtungen nicht erfüllt, so haftet nicht der Erwerber, der das Grundstück belastet hat, sondern der Vermiether nach § 571 Abs. 2.

[41]) Mittelstein (§ 76 unter 3) entnimmt daraus, daß § 578 im § 579 mitzitiert ist, daß der Schutz des Miethers im Falle der Weiterveräußerung des Grundstücks nur eintritt, wenn der neue Eigenthümer sich gemäß § 578 verpflichtet hat. Diese Ansicht kann

Fünfzehnter Titel.

Pacht.

§ 162. Begriff und allgemeine Grundsätze.

I. Die Pacht unterscheidet sich begrifflich von der Miethe durch zwei Momente, einmal dadurch, daß sie nicht auf Sachen beschränkt ist, sodann dadurch, daß der Verpächter außer zur Gewährung des Gebrauchs auch zur Gewährung des Fruchtgenusses verpflichtet ist. § 581 Abs. 1

1. Gegenstand des Pachtvertrags können außer körperlichen Sachen auch Rechte sein[1]), insbesondere können Rechte auf Gewinnung von Bodenbestandtheilen[2]), das Jagdrecht (vgl. § 835 Abs. 2), das Patentrecht und ähnliche Rechte verpachtet werden. Aber auch über ein jedes andere wirthschaftliche Gut, welches einer Ausnutzung fähig ist und dadurch Früchte im Sinne des Gesetzes bringt, kann ein Pachtvertrag geschlossen werden[3]).

2. Der Verpächter ist verpflichtet, dem Pächter den Genuß der Früchte zu gewähren. Der außerordentlich weite Umfang des Begriffs der Früchte, insbesondere der Umstand, daß zu den natürlichen Früchten einer Sache sämmtliche Erzeugnisse der Sache, gleichgültig, wie sie gewonnen sind, gehören, macht es jedoch erforderlich, das Recht des Pächters auf den Genuß derjenigen Früchte einzuschränken, welche nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft als Ertrag des verpachteten Gegenstandes anzusehen sind[4]).

3. Die Verpflichtung des Verpächters besteht darin, daß er dem Pächter den Genuß der Früchte während der ganzen Pachtzeit gewähren muß. Diese Verpflichtung unterliegt denselben Grundsätzen wie die Verpflichtung des Vermiethers zur Gebrauchsgewährung[5]). Der Verpächter muß demgemäß alle Handlungen vornehmen,

---

nicht als richtig anerkannt werden. Dadurch, daß der Erwerber sich dem Vermiether gegenüber gemäß § 578 verpflichtet hat, hat der Miether, welchem das Grundstück zur Zeit der Veräußerung noch nicht überlassen war, ganz dieselbe gesicherte Stellung erworben, als wenn die Veräußerung erst nach der Ueberlassung erfolgt wäre. Diese gesicherte Stellung kann nicht wieder dadurch in Frage gestellt werden, daß der Erwerber das Grundstück weiter veräußert. Die einmal erworbene Rechtsstellung wirkt kraft Gesetzes auch gegen den neuen Erwerber. Daß auch dieser sich in Gemäßheit des § 578 verpflichte, verlangt das Gesetz nicht.

[1]) Vgl. hierüber oben § 152 Anm. 1.

[2]) Vgl. über die Früchte eines solchen Rechtes § 99 Abs. 2.

[3]) Alles was oben § 128 (S. 468, 469) über den Gegenstand des Kaufes gesagt ist, gilt auch für die Pacht. So kann auch eine nicht geschützte Erfindung, ein Zeitungsunternehmen, überhaupt, wie sich aus § 1822 Nr. 4 ergiebt, ein jeder gewerbliche Betrieb verpachtet werden (vgl. § 22 Abs. 2 HGB.: Pacht eines Handelsgeschäfts; Pacht eines Eisenbahnbetriebs JW. 1885 S. 327 Nr. 29). — Soll nach dem Inhalt eines einheitlichen Vertrags ein Grundstück nur zum Gebrauch und gleichzeitig ein Grundstück auch zum Fruchtgenuß überlassen werden, so entscheidet für die Frage, ob Miethe oder Pacht vorliegt, welcher Gegenstand sich nach der Absicht der Parteien als die Hauptsache darstellt. (Vgl. M. II S. 423, ALR. § 260 I 21.)

[4]) Früchte, die wirthschaftlich nicht als Ertrag, sondern als ein Theil der Substanz anzusehen sind, z. B. die wegen Windbruchs, wegen Raupenfraßes gefällten Bäume, gehören dem Verpächter. Vgl. KB. zu § 574 E. IV. Dieselbe wirthschaftliche Erwägung hat zu der entsprechenden Einschränkung im § 993 geführt. — Eine andere Regelung ist beim Nießbraucher, dem Ehemann als Nutznießer des Frauenvermögens, dem Vater als Nutznießer des Vermögens der Kinder und dem Vorerben erfolgt. Diese Nutzungsberechtigten erwerben zwar das Eigenthum aller Früchte, sie sind aber zum Ersatze des Werthes derjenigen Früchte verpflichtet, welche sich wirthschaftlich nicht als Ertrag darstellen. (§§ 1039, 1383, 1652, 2133.)

[5]) Vgl. oben § 153 unter 1 (S. 545).

welche im einzelnen Falle zur Gewährung des Fruchtgenusses erforderlich sind. Ob und inwieweit hierzu die Uebergabe der Sache erforderlich ist, ist nach dem Inhalte des Vertrags zu entscheiden. Das Eigenthum an den Früchten, auf welche der Pächter kraft des Vertrags einen Anspruch hat, erwirbt er nach Maßgabe des § 956. Durch den Abschluß des Pachtvertrags gestattet der Eigenthümer dem Pächter, sich diejenigen Früchte, zu deren Genuß er nach dem Vertrage berechtigt ist, anzueignen.

4. Außer zur Gewährung des Fruchtgenusses ist der Verpächter auch zur Gewährung des Gebrauchs des verpachteten Gegenstandes verpflichtet. Beide Verpflichtungen stehen selbständig neben einander. Dem Pächter steht grundsätzlich das Recht auf den Gebrauch des verpachteten Gegenstandes nicht nur insoweit zu, als dieser Gebrauch zum Zwecke des Fruchtgenusses erforderlich ist, er hat vielmehr ein selbständiges Recht auf den Gebrauch gleich dem Miether, soweit sich nicht aus dem Vertrag ein Anderes ergiebt[6]).

II. Die Verpflichtung des Pächters, den vereinbarten Pachtzins zu entrichten, entspricht in allen Stücken der Verpflichtung des Miethers zur Entrichtung des vereinbarten Miethzinses. Wie dieser braucht auch der Pachtzins nicht nothwendig in Geld zu bestehen, es können vielmehr auch Leistungen anderer Art, insbesondere ein Theil der Früchte[7]), den Pachtzins bilden. — Von der Verpflichtung zur Entrichtung des Pachtzinses wird der Pächter nur in denselben Fällen befreit, in denen der Miether von der Verpflichtung zur Entrichtung des Miethzinses befreit wird. Besondere Vorschriften zu Gunsten des Pächters für den Fall, daß in Folge außerordentlicher Unglücksfälle der Fruchtgenuß erheblich geschmälert wird (sog. Remission), enthält das BGB. nicht[8]).

§ 581 Abs. 2. III. Auf die Pacht finden, soweit nicht besondere Bestimmungen gegeben sind, die Vorschriften über die Miethe entsprechende Anwendung. Abgesehen von diesen besonderen Bestimmungen der §§ 582—597 ist grundsätzlich keine für die Miethe gegebene Vorschrift von der Anwendung auf die Pacht ausgeschlossen[9]). Die für die Pacht gegebenen Sondervorschriften sind theils solche, welche für die Pacht im Allgemeinen, theils solche, welche nur für die Pacht gewisser Gegenstände gelten.

IV. Die Sondervorschriften für die Pacht eines jeden Gegenstandes.

---

[6]) Es entspricht dies der Vorschrift des ALR. § 259 I 21. Vgl. M. II S. 422.

[7]) Sog. Theilpacht, colonia partiaria. Durch eine solche Vereinbarung wird das Wesen des Vertrags als eines Pachtvertrags nicht geändert. Vgl. Crome, die partiarischen Rechtsgeschäfte S. 37, 54. Cosack II § 265 unter I, 5. — Es finden auch nicht, wie das ALR. § 266 I 21 annahm, wegen Vertheilung der Früchte zwischen dem Pächter und Verpächter die Regeln des Gesellschaftsvertrags Anwendung. Dem Pächter liegen die Verpflichtungen des § 260 ob. Vgl. Crome a. a. O. S. 98 ff.

[8]) Vgl. M. II S. 423—425, Prot. II S. 238—243. Zufälle, welche den verpachteten Gegenstand als solchen betreffen, so daß der Verpächter den Fruchtgenuß nicht gewähren kann, treffen den Verpächter. Dies ist z. B. der Fall, wenn Aecker in Folge einer Ueberschwemmung derart überfluthet sind, daß sie überhaupt zur Bestellung ungeeignet sind. Zufälle dagegen, welche die Früchte treffen (z. B. Hagelschlag, Frost usw.), hat der Pächter zu tragen. Der § 534 E I, der besonders aussprach, daß durch einen Zufall, der die Früchte oder deren Entstehung trifft, der Pächter von der Verbindlichkeit, den vollen Pachtzins zu entrichten, nicht befreit wird, ist als entbehrlich gestrichen worden, weil sein Inhalt sich aus den allgemeinen Bestimmungen von selbst ergebe (Prot. II S. 242).

[9]) Planck (Anm. 6 zu § 581) ist der Meinung, daß die §§ 544, 580 unanwendbar seien. Dagegen mit Recht Oertmann Vorbem. 6 zu Pacht. Wird z. B. ein im Parterre eines Hauses befindlicher Restaurationsbetrieb verpachtet, so kann die Vorschrift des § 544 sehr wohl zur entsprechenden Anwendung gelangen.

1. Auch der Pächter darf den Gebrauch und den Fruchtgenuß einem Dritten ohne Erlaubniß des Verpächters nicht überlassen. Verweigert der Verpächter ohne wichtigen Grund die Erlaubniß, so ist der Pächter dennoch nicht berechtigt, aus diesem Grunde das Pachtverhältniß zu kündigen[10]. — § 596 Abs. 1.

2. Im Falle des Todes des Pächters steht das im § 569 gegebene Kündigungsrecht zwar seinem Erben, nicht aber dem Verpächter zu[11]. — § 596 Abs. 2.

3. Das einem Beamten im Falle seiner Versetzung gegebene Kündigungsrecht (§ 570) findet bei der Pacht nicht statt. — § 596 Abs. 3.

4. Erfüllt der Pächter seine Verpflichtung nicht, nach Beendigung der Pachtzeit den gepachteten Gegenstand zurückzugeben, so bemißt sich die Entschädigung, die er dem Verpächter für die Dauer der Vorenthaltung zu leisten hat, nicht schlechthin nach dem vereinbarten Pachtzins[12]. Der Verpächter kann vielmehr, da gewöhnlich der Genuß der Früchte nicht während der ganzen Pachtzeit ein gleichmäßiger ist, den Pachtzins nach dem Verhältnisse verlangen, in welchem die Nutzungen, die der Pächter während der Zeit der Vorenthaltung gezogen hat oder ohne sein Verschulden hätte ziehen können, zu den Nutzungen des ganzen Jahres stehen. — Die Vorschrift des § 568 über die stillschweigende Verlängerung der Miethe[13] gilt auch für die Pacht, nur ist zu beachten, daß hier als Voraussetzung der Verlängerung nicht die bloße Fortsetzung des Gebrauchs, sondern auch die Fortsetzung des Fruchtgenusses verlangt werden muß[14]. — § 597.

---

[10]) Vgl. die eingehenden Erörterungen über die Unterpacht Prot. II S. 233—237. Bei der Pacht ist die Persönlichkeit des Pächters von größerer Bedeutung als bei der Miethe die des Miethers. Der Verpächter soll deswegen auch nicht indirekt durch das Kündigungsrecht zur Annahme eines Unterpächters gezwungen werden — Aus der Unzulässigkeit der Uebertragung des Pachtrechts ergiebt sich seine Unpfändbarkeit (§ 851 CPO.). Der Beschluß der zweiten Kommission (Prot. II S. 237, 238), die Pfändung des Pachtrechts in der Weise zuzulassen, daß eine Verwaltung angeordnet wird, (vgl. Entwurf eines Ges. betr. Aenderungen der CPO. § 749a und Begründung dieses Entwurfes, Hahn, die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen 8. Band S. 158) ist in der Reichstags-Kommission gestrichen worden (Hahn a. a. O. S. 418—420). Gläubiger des Pächters können daher nur die Früchte pfänden (vgl. §§ 810, 824 CPO.). Ueber die Rechte des Pächters im Falle der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung des Grundstücks siehe oben § 29 S. 126. Ist in dem Pachtvertrage dem Pächter die Ueberlassung des Pachtrechts ganz oder theilweise, z. B. rücksichtlich einzelner Parzellen oder landwirthschaftlicher Nebenbetriebe, gestattet, so ist insoweit auch die Pfändung des Pachtrechts zulässig. Die Unzulässigkeit der Uebertragung hindert natürlich nicht, daß das Pachtrecht durch einen Anderen als Vertreter des Pächters, insbesondere durch einen Verwalter, ausgeübt wird.

[11]) Prot. II S. 249—251. Dem Verpächter ist das Kündigungsrecht deswegen versagt, weil bei Pachtverhältnissen von längerer Dauer der Pächter häufig in den ersten Jahren große Aufwendungen macht, für die er aus den erhöhten Erträgnissen der späteren Jahre Ersatz zu finden hofft. Diese Aussicht darf dem Erben nicht entzogen werden. — Kündigen die Erben nicht, so können sie das Pachtrecht durch einen Verwalter ausüben lassen (vgl. die vorhergehende Anm.).

[12]) Wie es bei der Miethe nach § 557 der Fall ist. Im Uebrigen gelten die Bestimmungen des § 557, insbesondere, daß der bezeichnete Betrag nur der Mindestbetrag der Entschädigung ist, auch für die Pacht. Vgl. das Nähere oben § 160 unter IV, 3 (S. 582).

[13]) Vgl. oben § 160 unter III (S. 581).

[14]) Vgl. M. II S. 431. Man wird zwar nicht verlangen dürfen, daß der Pächter während der zweiwöchigen Frist gerade Nutzungen gezogen hat, aber es müssen Handlungen vorliegen, aus denen sich ergiebt, daß er auch die Benutzung hat fortsetzen wollen. Hat z. B. der Pächter, der ein landwirthschaftliches Grundstück mit einem Wohngebäude gepachtet hat, nach Ablauf der Pachtzeit zwar das Wohngebäude nicht geräumt, sondern noch zwei Wochen gebraucht, im Uebrigen aber das landwirthschaftliche Grundstück selbst in keiner Weise genutzt, so liegt eine Verlängerung der Pacht nicht vor.

§ 595. 5. Abweichend von der Miethe ist endlich die gesetzliche Kündigungsfrist geregelt, sowohl für den Fall, daß die Pachtzeit nicht bestimmt ist, als für den Fall, daß das Pachtverhältniß unter Einhaltung der gesetzlichen Frist vorzeitig gekündigt werden kann.[15]) Diese Kündigung ist bei der Pacht eines Grundstücks oder eines Rechtes[16]) nur für den Schluß eines Pachtjahrs[17]) zulässig, und zwar muß sie spätestens am ersten Werktage des Halbjahrs erfolgen, mit dessen Ablaufe die Pacht endigen soll.

§ 163. Besondere Vorschriften für die Pacht eines landwirthschaftlichen Grundstücks und eines Landguts.[1])

§ 582. 1. Ebenso wie der Vermiether muß auch der Verpächter den verpachteten Gegenstand in einem zum Gebrauch und Fruchtgenusse geeigneten Zustande während der Pachtzeit erhalten (§ 536). Hieraus folgt seine Verpflichtung, alle erforderlichen Ausbesserungen auf seine Kosten vorzunehmen.[2]) Hiervon macht das Gesetz, der Verkehrssitte entsprechend,[3]) eine Ausnahme für die Pacht landwirthschaftlicher Grundstücke. Bei diesen hat die gewöhnlichen Ausbesserungen, d. h. diejenigen, welche an dem Grundstück und seinen Gebäuden, den Wegen, Gräben, Zäunen, Dämmen u. s. w. regelmäßig vorkommen und von Zeit zu Zeit sich zu wiederholen pflegen, der Pächter auf seine Kosten zu bewirken.

§ 583. 2. Die Rechte des Pächters sind, entsprechend denen des Miethers, auf den vertragsmäßigen Gebrauch und den vertragsmäßigen Fruchtgenuß beschränkt. Dem Vertrage zuwider handelt der Pächter, wenn er bei der Pacht eines landwirthschaftlichen Grundstücks ohne die Erlaubniß des Verpächters die wirthschaftliche Bestimmung des Grundstücks derart ändert, daß diese Aenderungen auch die Art der Bewirthschaftung für die Zeit nach der Beendigung der Pacht beeinflussen.[4]) Macht sich der Pächter eines solchen vertragswidrigen Verhaltens schuldig, so kann der Verpächter unter den in den §§ 550, 553 gegebenen Voraussetzungen gegen ihn auf Unterlassung klagen und das Pachtverhältniß ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen.[5])

§ 584. 3. In Abweichung von der für die Miethe eines Grundstücks im § 551 Abs. 2 gegebenen Vorschrift ist bei der Pacht eines landwirthschaftlichen Grundstücks der Pachtzins, wenn er nach Jahren bemessen ist, nicht nach dem Ablaufe je eines Kalendervierteljahrs, sondern nach dem Ablaufe je eines Pachtjahrs am ersten Werktage des folgenden Pachtjahrs zu entrichten. Ist jedoch der

---

[15]) Vgl. im Uebrigen oben § 160 (S. 575 ff.).

[16]) Auch dem § 595 wohnt ein nahezu allgemeiner Charakter inne, da er nur für die verhältnißmäßig seltenen Fälle der Pacht einer beweglichen Sache nicht gilt. Für diese Fälle bleibt es bei den Vorschriften des § 565 Abs. 1, 2, 3.

[17]) Nach welchen Zeitabschnitten der Pachtzins bemessen ist, ist gleichgültig. — Entscheidend ist nicht das Kalenderjahr, sondern das mit dem vertragsmäßigen Anfange des Pachtverhältnisses beginnende Pachtjahr.

[1]) Ueber den Begriff des landwirthschaftlichen Grundstücks und des Landguts s. oben § 30 Anm. 5.

[2]) Vgl. oben § 153 unter 4 (S. 547) und § 155 unter II, 1 (S. 560).

[3]) Vgl. M. II S. 429.

[4]) Der § 583 ist somit keine Ausnahmevorschrift, sondern die Anwendung eines allgemeinen Grundsatzes (vgl. § 242), welcher für die Pacht landwirthschaftlicher Grundstücke, nach dem Vorbilde des preußischen Rechtes (§ 436 I 21 ALR.), nur zur Vermeidung von Zweifeln besonders ausgesprochen ist (M. II S. 430). Der § 583 muß daher auf die Pacht anderer Gegenstände analog angewendet werden (vgl. Neumann Anm. 1 zu § 583).

[5]) Vgl. das Nähere oben § 135 unter II, 2 (S. 560 ff).

Pachtzins nach kürzeren Zeitabschnitten bemessen, so ist er, der Regel des § 551 Abs. 1 entsprechend, nach dem Ablaufe der einzelnen Zeitabschnitte zu entrichten.

§ 585. 4. Das Pfandrecht des Verpächters eines landwirthschaftlichen Grundstücks ist in verschiedenen Beziehungen erweitert: Das Pfandrecht kann außer für den fälligen Pachtzins nicht nur für den Pachtzins für das laufende und das folgende Pachtjahr, sondern für den gesammten auch noch nicht fälligen Pachtzins geltend gemacht werden.[6]) Auch einem pfändenden Gläubiger gegenüber kann es wegen des gesammten rückständigen Pachtzinses geltend gemacht werden.[7]) Das Pfandrecht erstreckt sich außer auf die eingebrachten Sachen des Pächters auch auf die Früchte[8]) des Grundstücks und auf das zum Wirthschaftsbetrieb erforderliche Geräth und Vieh, auch soweit dieses der Pfändung nicht unterworfen ist.[9])

§ 591. 5. Der Pächter eines landwirthschaftlichen Grundstücks erlangt durch den Pachtvertrag nicht nur das Recht, die Früchte des Grundstücks zu genießen, er übernimmt vielmehr durch den Pachtvertrag dem Verpächter gegenüber auch die Verpflichtung, das Grundstück während der ganzen Dauer des Pachtverhältnisses ordnungsmäßig zu bewirthschaften. In Folge dessen besteht bei der Beendigung der Pacht seine Verpflichtung nicht — wie es bei der Miethe der Fall ist[10]) — darin, daß er das Grundstück in derselben Beschaffenheit, in der er es erhalten hat, zurückzugewähren hat. Vielmehr hat er es in demjenigen Zustande zurückzugewähren, in welchem es sich bei einer während der ganzen Dauer des Pachtverhältnisses erfolgten ordnungsmäßigen Bewirthschaftung befinden muß.[11]) Der Pächter genügt daher seiner Rückgewährungspflicht nicht, wenn er das Grundstück, das sich zur Zeit der Ueberlassung in einem schlechten wirthschaftlichen Zustande befand, in demselben Zustande zurückgewährt. Gewährt er es in Folge seiner gesetzlichen Verpflichtung in dem ordnungsmäßigen besseren Zustande zurück, so kann er demgemäß für diese Verbesserungen keinen Ersatz beanspruchen.[12]) Andererseits braucht er auch ein Grundstück, das zur Zeit der

---

[6]) Die Beschränkung, daß das Pfandrecht nicht für künftige Entschädigungsforderungen geltend gemacht werden kann, besteht auch hier.

[7]) Vgl. § 49 Nr. 2 KO.

[8]) Das Pfandrecht kann natürlich nur an denjenigen Früchten bestehen, die Eigenthum des Pächters geworden sind (§ 956), also nicht an den noch nicht getrennten Früchten (§ 93). Vgl. Künzel in Gruchot Bd. 41 S. 439.

[9]) An die Stelle des § 715 Nr. 5 CPO. ist § 811 Nr. 4 CPO. getreten.

[10]) Vgl. oben § 160 unter IV, 1 (S. 582). Inwieweit die Vorschrift des § 591 auch bei der Pacht anderer Gegenstände gilt, ist aus der Absicht der Parteien und dem Grundsatze des § 242 zu entnehmen. Auch wenn Jemand z. B. einen Restaurationsbetrieb verpachtet, geht seine Absicht dahin, daß der Pächter die Restauration ordnungsmäßig betreiben solle, damit er ihm bei Beendigung der Pacht eine in gehörigem Betriebe befindliche Restauration zurückgewähren kann. Vgl. auch Prot. II S. 254 ff.

[11]) Ein Klagerecht darauf, daß der Pächter das Grundstück fortgesetzt ordnungsmäßig bewirthschafte, steht dem Verpächter kraft des Pachtvertrags nicht zu. Denn der Pachtvertrag verpflichtet an sich den Pächter nur zur Entrichtung des Pachtzinses (§ 581). Ob der Pächter Früchte genießt oder nicht, kann an sich dem Verpächter gleichgültig sein. Ein solches Klagerecht kann dem Verpächter nur zugestanden werden, wenn der Pächter die Verpflichtung zur fortgesetzten ordnungsmäßigen Bewirthschaftung besonders übernommen hat, in welchem Falle mit dem Pachtvertrag eine Art Dienstvertrag verbunden ist. Dagegen wird man annehmen müssen, daß, wenn der Pächter das Grundstück längere Zeit derart unbewirthschaftet liegen läßt, daß sich hieraus die Gefahr einer dauernden Verschlechterung ergiebt, hierin ein Mißbrauch liegt, der den Verpächter zu einem Vorgehen gemäß den §§ 550, 553 berechtigt.

[12]) Vgl. M. II S. 440. Mit dieser Einschränkung gilt die Vorschrift des § 547 auch für die Pacht landwirthschaftlicher Grundstücke.

Ueberlassung in einem besseren Zustand, als eine ordnungsmäßige Bewirthschaftung ergiebt, sich befindet, nur in einem der Vorschrift des § 591 entsprechenden Zustande zurückzugewähren und er hat daher für die eingetretene Verschlechterung nicht aufzukommen.

§ 592. 6. Die dem Pächter im § 591 auferlegte Verpflichtung kann unter Umständen eine Härte für ihn enthalten. Wenn die Pacht im Laufe eines Pachtjahrs endet, so müßte der Pächter das Grundstück in demjenigen Zustande der Bestellung und mit denjenigen stehenden und hängenden Früchten herausgeben, welche einer ordnungsmäßigen Wirthschaft entsprechen. Ein Anspruch auf einen Theil der Früchte dagegen steht ihm nicht zu, sämmtliche Früchte vielmehr, die nach der Beendigung der Pacht getrennt werden, gebühren dem Verpächter (§ 101 Nr. 1). Der Pächter würden somit die Bestellungskosten ohne Nutzen für sich aufgewendet haben. Zum Ausgleiche giebt das Gesetz dem Pächter einen Anspruch auf Ersatz der Kosten, welche er auf diejenigen Früchte verwendet hat, die zur Zeit der Beendigung der Pacht noch nicht getrennt sind, aber vor dem Ende des Pachtjahrs [13]) nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft zu trennen sind; der Anspruch darf jedoch den Werth dieser Früchte nicht übersteigen [14]).

§ 593. 7. Eine Sondervorschrift [15]) ist endlich für den Fall gegeben, daß das verpachtete landwirthschaftliche Grundstück ein Landgut ist.

Um es dem Verpächter zu ermöglichen, nach Beendigung der Pacht die Wirthschaft ordnungsmäßig fortzuführen, ist der Pächter verpflichtet, von den bei der Beendigung der Pacht vorhandenen [16]) landwirthschaftlichen Erzeugnissen soviel zurückzulassen [17]), als zur Fortführung der Wirthschaft bis zur nächsten Ernte erforderlich ist. Diese Verpflichtung besteht selbst dann, wenn der Pächter beim Antritte der Pacht solche Erzeugnisse nicht übernommen hat. Soweit er aber hiernach mehr oder bessere Vorräthe zurückzulassen verpflichtet ist, als er übernommen hat, hat er gegen den Verpächter einen Anspruch auf Ersatz des Werthes. Den vorhandenen, auf dem Gute gewonnenen, also natürlichen Dünger, — nicht den angeschafften und den künstlichen Dünger — muß der Pächter vollständig zurücklassen, ohne daß er einen Anspruch auf Wertherſatz hat.

---

[13]) Bei Früchten, die erst nach dem Ablaufe des Pachtjahrs getrennt werden könnten, steht dem Pächter ein Verwendungsanspruch nicht zu. Vgl. M. III S. 523.

[14]) Da der Werth der Früchte, welcher die Maximalgrenze des Anspruchs bildet, erst bei der Trennung festzustellen ist, kann, wie Oertmann (Anm. 2 zu § 592) darthut, der Pächter den Anspruch nicht vor der Trennung der Früchte geltend machen.

[15]) Ueber § 594 f. unten § 164 unter V.

[16]) Die Vorschrift bezieht sich nur auf die Erzeugnisse, die bei der Beendigung der Pacht thatsächlich vorhanden sind, gleichgültig, ob sie auf dem Gute gewonnen oder angeschafft sind. Sind keine oder ungenügende Vorräthe vorhanden, gleichgültig aus welchem Grunde, so kann die Vorschrift des § 593 nicht Platz greifen. Die Frage, inwieweit der Pächter dafür verantwortlich ist, daß Erzeugnisse bei der Beendigung der Pacht vorhanden sind, entscheidet sich nach § 591. Vgl. Prot. II S. 266.

[17]) Die Erzeugnisse sind Eigenthum des Pächters. In der Zurücklassung, zu welcher der Pächter nach § 593 verpflichtet ist, liegt seine Willenserklärung, das Eigenthum an diesen Erzeugnissen dem Verpächter zu übertragen und sie ihm zu übergeben. Der Verpächter erwirbt das Eigenthum, wenn er seinerseits den Besitz erlangt und seinen Willen, das Eigenthum zu erwerben — wenn auch nur stillschweigend — erklärt (§ 929).

§ 164. Die Pacht eines Grundstücks sammt Inventar.

I. Bildet den Gegenstand der Pacht ein Grundstück[1]) nebst dem zur Benutzung des Grundstücks dienenden Inventare, so können hinsichtlich des Inventars verschiedene Vereinbarungen getroffen werden. Es kann das Inventar, so wie das Grundstück selbst, schlechthin gepachtet werden. Dieser im § 586 behandelte Fall ist selten, weil dann dem Pächter keinerlei Verfügungsrecht über die Inventarstücke zusteht und der Verpächter zur beständigen Ergänzung des Inventars verpflichtet ist. Darum wird gewöhnlich die Vereinbarung getroffen, daß der Pächter das Inventar zu einer Taxe übernimmt und zur Taxe wieder zurückzugewähren hat (§ 587). Neben diesen im Gesetze behandelten Fällen kommt auch die Vereinbarung vor, daß der Pächter das Inventar kauft und dabei bald dem Verpächter das Rückkaufsrecht vorbehalten, bald ihm auch die Verpflichtung des Rückkaufs auferlegt wird.

II. Wird das Inventar lediglich verpachtet, so gelten auch für das Inventar die Grundsätze der Pacht. Der Pächter hat das Recht, das Inventar zu gebrauchen und die Früchte des Inventars zu genießen. Beim Viehinventar werden daher insbesondere die Thierjungen sein Eigenthum[2]). Inventarstücke, die ohne Verschulden des Pächters in Abgang kommen, muß der Verpächter ergänzen[3]). Dagegen ist dem Pächter die Verpflichtung auferlegt[4]), für die Erhaltung der einzelnen Inventarstücke zu sorgen, selbst wenn eine Ausbesserung durch einen von ihm nicht zu vertretenden Umstand erforderlich wird; ferner muß er, obwohl die Thierjungen sein Eigenthum werden, aus diesen den gewöhnlichen Abgang des Viehinventars nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft ersetzen. **§ 586.**

III. Besondere Vorschriften gelten für den Fall, daß rücksichtlich des Inventars die Vereinbarung getroffen ist, daß der Pächter das zur Zeit des Beginns der Pacht vorhandene Inventar zum Schätzungswerth übernehmen und das zur Zeit der Beendigung der Pacht vorhandene Inventar zum Schätzungswerthe zurückgewähren soll[5]). **§ 587.**

1. Da auch bei diesem Abkommen hinsichtlich des Inventars nur ein Pachtverhältniß vorliegt, so bleibt der Verpächter Eigenthümer des vom Pächter übernommenen Inventars. Dem Pächter ist aber — und dies ist der wesentliche Zweck dieses Uebereinkommens — das Recht beigelegt, über die einzelnen **§ 588.**

---

[1]) Die Vorschriften der §§ 586—590 beziehen sich nicht nur auf landwirthschaftliche Grundstücke, sondern z. B. auch auf die Pacht eines Hotels, eines zum Betrieb einer Gastwirthschaft eingerichteten Gebäudes, einer Fabrik, eines Theaters u. s. w. Sie kommen auch zur analogen Anwendung auf den Vertrag, durch welchen eine Viehheerde — ohne Verbindung mit der Verpachtung eines Grundstücks — unter der im § 587 bezeichneten Vereinbarung einem Anderen zur Benutzung überlassen wird (sog. Eisernviehvertrag). Ueber die sog. Viehverstellung vgl. M. II S. 441 ff.

[2]) Dies war im E. I § 535 besonders ausgesprochen. Vgl. Prot. II S. 243, 244.

[3]) Wenn dies im § 586 Abs. 2 Satz 1 besonders ausgesprochen ist, so ist damit keine Ausnahmebestimmung gegeben, vielmehr handelt es sich um eine Folgerung aus den allgemeinen Grundsätzen (vgl. oben § 153 unter 4 S. 547 und § 155 unter II, 1 S. 560), die nur zur Vermeidung von Zweifeln besonders vorgeschrieben worden ist. Vgl. M. II S. 425.

[4]) In Abweichung von den §§ 548, 536.

[5]) Die Vereinbarung, daß das Inventar zum Schätzungswerthe zurückzugewähren ist, kann natürlich auch stillschweigend erfolgen. Jedoch kann eine solche Vereinbarung nicht in der bloßen Taxierung des Inventars beim Beginne der Pacht gefunden werden, da dieser Abschätzung auch eine andere Absicht der Parteien zu Grunde liegen kann.

Stücke des Inventars innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirthschaft zu verfügen [6]).

2. Eine Folge des zwischen den Parteien getroffenen Abkommens ist ferner, daß der Pächter die Gefahr des zufälligen Unterganges und der zufälligen Verschlechterung des Inventars trägt [7]).

3. Da der Verpächter ein großes Interesse daran hat, daß das Grundstück stets mit ordnungsmäßigem Inventare versehen ist, so ist er für den Fall der Verschlechterung des Inventars nicht darauf beschränkt, die Differenz zwischen der Uebernahme- und der Rückgewährtaxe zu verlangen, es ist vielmehr dem Pächter die Verpflichtung auferlegt, das Inventar, wie die Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft es erfordern, in dem Zustande zu erhalten, in welchem es ihm übergeben worden ist [8]). Erfüllt der Pächter diese Verpflichtung nicht, so stehen dem Verpächter das Klagerecht aus § 550 und das Kündigungsrecht aus § 553 zu.

4. Das Eigenthum an sämmtlichen vom Pächter neu angeschafften Inventarstücken fällt mit der Einverleibung in das Inventar ohne weitere Voraussetzung dem Verpächter zu [9]). Dies gilt nicht nur für diejenigen Inventarstücke, zu deren Anschaffung der Pächter zum Zwecke der Erhaltung des Inventars verpflichtet war, sondern auch für diejenigen, welche er zur Verbesserung und Vermehrung des Inventars angeschafft hat.

§ 589. 5. Bei Beendigung der Pacht hat der Pächter das gesammte zu diesem Zeitpunkte vorhandene Inventar dem Verpächter zurückzugewähren und zwar zum Schätzungswerthe; je nachdem dieser höher oder niedriger ist, als der Schätzungswerth der übernommenen Inventarstücke, hat der Verpächter dem Pächter oder dieser jenem den Unterschied zu ersetzen [10]). Der Verpächter ist

---

[6]) Da die Verfügungsbefugniß des Pächters nur innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirthschaft besteht, so gelten für eine Verfügung, die der Pächter nicht innerhalb dieser Grenzen vornimmt, die Vorschriften des § 185. Da jedoch der Dritte nicht immer feststellen kann, ob die Verfügung innerhalb dieser Grenzen liegt, so wird man diese Voraussetzung als vorliegend und somit die Verfügung als wirksam ansehen müssen, wenn der Dritte nicht gewußt hat oder hat wissen müssen, daß der Pächter nicht innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirthschaft verfügt. Vgl. oben § 21 Anm. 39.

[7]) Im E. I § 544 Abs. 2 war bestimmt, daß der Pächter diese Gefahr „während der Pachtzeit" trägt. Für die Zeit nach Beendigung der Pacht bis zur wirklichen Rückgewähr sollte sich die Frage nach dem Tragen der Gefahr nach den allgemeinen Grundsätzen, insbesondere nach den Vorschriften über die Folgen des Verzugs richten (M. II S. 434). Daß durch die Fortlassung der Worte „während der Pachtzeit" eine Aenderung nicht beabsichtigt worden ist, ergeben die Prot. II S. 259. Die Worte erscheinen in der That überflüssig, da es sich von selbst versteht, daß nur das Verhältniß des Verpächters und Pächters geregelt werden soll, also ein bestehendes Pachtverhältniß vorausgesetzt wird. Ebenso Planck Anm. 1 zu § 588; Neumann Anm. 1 zu § 588; a. M. Oertmann Anm. 1a zu § 588.

[8]) Der Pächter braucht hiernach das Inventar nur in dem Zustande zu erhalten, in dem er es übernommen hat. Eine Verpflichtung, das Inventar auf einen ordnungsmäßigen Stand zu bringen, liegt ihm nicht ob. Daraus folgt weiter, daß, wenn er das Inventar vermehrt oder verbessert hat, er es nicht in diesem Zustande zu erhalten braucht, sondern es auf den ursprünglichen Zustand zurücksinken lassen kann (vgl. M. II S. 435).

[9]) Zu dem Eigenthumserwerbe des Verpächters genügt daher die thatsächliche Einverleibung in das Inventar, welche in der Regel mit der Einbringung der Inventarstücke in das Grundstück als bewirkt anzusehen sein wird; irgend ein Willensakt des Pächters ist nicht erforderlich. Vgl. Dernburg II § 228 unter IV, 2 A. M. Oertmann Anm. 1b zu § 588. Die Vorschrift des § 588 Abs. 2 Satz 2 dient zugleich den Interessen der Hypothekengläubiger. § 1120.

[10]) Hieraus ergiebt sich, daß, wenn keine Veränderung am Inventare selbst erfolgt,

jedoch nicht verpflichtet, auch solche Stücke zu übernehmen, welche sich nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft für das Grundstück als überflüssig oder als zu werthvoll erweisen. Er ist vielmehr befugt, die Uebernahme solcher Stücke abzulehnen. Mit der Ablehnung gehen diese Stücke in das Eigenthum des Pächters über, ohne daß es noch einer besonderen Uebergabe bedarf.

IV. Für die Forderungen des Pächters gegen den Verpächter, welche sich auf das mitgepachtete Inventar beziehen, steht dem Pächter kraft Gesetzes ein Pfandrecht an allen Inventarstücken zu, die in seinen Besitz gelangt sind. Als Forderungen, die sich auf das Inventar beziehen, kommen insbesondere in Betracht der Anspruch auf den Mehrbetrag in Gemäßheit des § 589 Abs. 3, Ansprüche aus Verwendungen auf das Inventar, welche der Pächter über seine Erhaltungspflicht (§ 586 Abs. 1) hinaus gemacht hat, sowie Ansprüche aus Anschaffungen, welche der Pächter gemacht hat, weil der Verpächter seiner Ergänzungspflicht (§ 586 Abs. 2 Satz 1) nicht nachgekommen ist. Für die Entstehung des Pfandrechts ist erforderlich, daß die Inventarstücke in den Besitz des Pächters gelangt sind. Durch die Beendigung des Besitzes erlischt das Pfandrecht nur nach Maßgabe der Vorschrift des § 1253. Die Geltendmachung des Pfandrechts kann der Verpächter durch Sicherheitsleistung in Gemäßheit der Vorschriften des § 562 abwenden[11]). — § 590.

V. Ein ähnliches Verhältniß, wie in dem Falle, daß der Pächter das Inventar zum Schätzungswerthe mit der Verpflichtung übernimmt, es zum Schätzungswerthe zurückzugewähren, besteht dann, wenn der Pächter eines Landguts das ganze Gut auf Grund einer Schätzung des wirthschaftlichen Zustandes oder Vorräthe auf Grund einer Schätzung mit der Bestimmung übernimmt, nach Beendigung der Pacht das Gut oder die Vorräthe auf Grund einer gleichen Schätzung zurückzugewähren. Es kommen in diesem Falle die Vorschriften des § 589 Abs. 2 über das Ablehnungsrecht des Verpächters[12]) und des § 589 Abs. 3 über die Verpflichtung zum Ersatze des Mehrbetrags zur entsprechenden Anwendung. — § 594.

Sechzehnter Titel.

§ 165. Leihe.

I. Begriff. Während die Miethe auf *entgeltliche Gebrauchsgewährung* gerichtet ist, hat die Leihe die *unentgeltliche Gebrauchsgestattung* zum Gegenstande. — § 598.

1. Wesentliches Erforderniß der Leihe ist die Unentgeltlichkeit.[1]) Unerheb-

---

die Verschiedenheit der beiden Taxen vielmehr nur durch das Sinken oder Steigen der Preise herbeigeführt ist, das Sinken der Preise zum Schaden, das Steigen der Preise zum Vortheil des Pächters erfolgt. Vgl. M. II S. 437.

[11]) An dem Grundstücke selbst steht dem Pächter ein Zurückbehaltungsrecht nicht zu. § 556 Abs. 2.

[12]) Im Falle des § 594 Abs. 2 kann von dem Ablehnungsrechte des § 589 Abs. 2 nicht die Rede sein. Denn bei der Beendigung der Pacht sind in die Taxe nur diejenigen Vorräthe aufzunehmen, welche der Pächter zurückzulassen verpflichtet ist, d. h. nach § 593 Abs. 1 diejenigen, welche zur Fortführung der Wirthschaft bis zur nächsten Ernte erforderlich sind. Demgemäß kann bei diesen Vorräthen die im § 589 Abs. 2 gegebene Voraussetzung für das Ablehnungsrecht nicht vorliegen. Vgl. Planck zu § 594.

[1]) Darüber, daß die Leihe hierdurch nicht zur Schenkung wird, vgl. oben § 148 unter I, 1 (S. 528, 529).

lich ist, ob die Leihe auch im Interesse des Verleihers erfolgt und ob der Entleiher Aufwendungen machen muß, die dem Verleiher zu Gute kommen.[2])

2. Während der Vermiether dem Miether den Gebrauch gewähren muß, ist der Verleiher nur verpflichtet, dem Entleiher den Gebrauch zu gestatten. Seine Verpflichtung ist im Wesentlichen eine negative: er darf nichts thun, wodurch der vertragsmäßige Gebrauch des Entleihers gestört würde. Dagegen ist er insbesondere nicht verpflichtet, gleich dem Vermiether, die Sache während der Vertragsdauer in gebrauchsfähigem Zustande zu erhalten.[3])

3. Den Gegenstand der Leihe bilden Sachen, sowohl bewegliche wie unbewegliche.[4]) Wenn hiernach auch Rechte nicht Gegenstand eines Leihvertrags sein können, so ist doch nicht ausgeschlossen, daß auf die unentgeltliche Ueberlassung des Gebrauchs eines Rechtes (z. B. eines Patents) die Vorschriften über die Leihe zur entsprechenden Anwendung gebracht werden.[5])

4. Der Leihvertrag ist insofern ein Realvertrag, als die Verpflichtungen des Entleihers, insbesondere seine Verpflichtung zur Erhaltung der Sache (§ 601) und zu deren Rückgabe (§ 604), erst durch die Hingabe der Sache an ihn entstehen. Dagegen begründet auch der Vertrag, durch welchen Jemand die Verleihung einer Sache versprochen hat, für ihn die Verpflichtung, dem anderen Theile die Sache zum Gebrauche zu überlassen und den Gebrauch zu gestatten[6]). Für den Entleiher wird weder durch den Vorvertrag noch durch die Ueberlassung der Sache eine Verpflichtung, die Sache zu gebrauchen, begründet[7]).

5. Die Vereinbarung einer bestimmten Dauer der Leihe, sei es durch Festsetzung einer Zeit oder eines Gebrauchzwecks oder in sonstiger Weise, gehört nicht zum Begriffe des Leihvertrags (§ 604 Abs. 3). Auch wenn vereinbart ist, daß der Verleiher jederzeit willkürlich die Gebrauchsüberlassung widerrufen kann, liegt ein Leihvertrag vor. Das Prekarium ist nach dem BGB. eine Unterart der Leihe[8]).

---

[2]) A., der ein Reitpferd hat, überläßt es während einer vierwöchigen Reise, um die Kosten der Wartung und Fütterung zu sparen, dem B., der zwar für den Gebrauch kein Entgelt an A. zu entrichten, aber die Fütterungskosten zu tragen hat (vgl. § 601 Abs. 1). Der Vertrag ist Leihe.

[3]) Vgl. oben § 153 Anm. 1. Eine dem § 536 entsprechende Vorschrift giebt es bei der Leihe nicht.

[4]) Für die Leihe verbrauchbarer Sachen gilt dasselbe, was oben § 152 unter I, 2 (S. 542) von der Miethe verbrauchbarer Sachen gesagt ist.

[5]) Vgl. M. II S. 443, 444.

[6]) Die §§ 598, 599 gelten sowohl für die Leihe als Realvertrag wie für den Vorvertrag, das pactum de commodando. Gerade, um „zwischen demjenigen, welcher die Verleihung einer Sache zugesagt hat und dem Verleiher nicht zu unterscheiden, vielmehr den Leihvertrag einheitlich zu behandeln", ist im Gegensatze zum E. I §§ 549, 550, die vorliegende Fassung gewählt worden (Prot. II S. 269). Man kann also nicht mit Oertmann (Vorbem. 3 vor § 598) sagen, daß das pactum de commodando im Gesetze nicht geregelt ist. Abweichend auch Planck Vorbem. I vor § 598. Nimmt man mit Oertmann und Planck an, daß in den §§ 598 ff. nur die Leihe als Realvertrag geregelt ist, und daß auf das bloße Versprechen, eine Sache zu leihen, „die allgemeinen Vorschriften über Verträge" (Planck a. a. O.) Anwendung finden, so kommt man in der Frage nach der Haftung für Verschulden in Verlegenheit. Die Konsequenz der Planck'schen Ansicht wäre, daß derjenige, der nur die Verleihung einer Sache zugesagt hat, bis zu dem Zeitpunkt, in welchem sich der Konsensualvertrag in den Realvertrag umgewandelt hat, nach § 276 für jedes Verschulden haften müßte. Oertmann weicht dieser Konsequenz aus, indem er die Haftungsbeschränkung des § 599 bei dem Vorvertrage „sinngemäß" Platz greifen läßt. Vgl. auch Cosack I § 141 unter III.

[7]) Vgl. hierüber oben bei der Miethe § 155 Anm. 5. Eine solche Verpflichtung kann dem Entleiher durch besondere Abrede auferlegt werden.

[8]) Vgl. M. II S. 453, 454, Prot. II S. 275, 276.

II. Die Verpflichtungen des Verleihers und des Entleihers.

1. Da die Leihe unentgeltlich ist, sind die Verpflichtungen des Verleihers in ähnlicher Weise gemildert wie die des Schenkers. Auch er hat nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten und haftet für Fehler der Sache und für Mängel im Rechte nur, wenn er sie arglistig verschwiegen hat und zwar hat er in diesem Falle nur das negative Interesse zu ersetzen[9]). **§§ 599, 600.**

2. Die Verpflichtungen des Entleihers sind im Wesentlichen denen des Miethers gleich. Während jedoch bei der Miethe die Sorge für die Erhaltung der Sache dem Vermiether obliegt (§ 536), dieser daher verpflichtet ist, dem Miether sämmtliche nothwendigen Verwendungen zu ersetzen (§ 547 Abs. 1 Satz 1)[10]), hat die gewöhnlichen Erhaltungskosten, insbesondere bei der Leihe eines Thieres die Fütterungskosten, der Entleiher zu tragen. Rücksichtlich aller anderen Verwendungen, insbesondere der außerordentlichen Erhaltungskosten[11]), und der nützlichen Verwendungen hat er einen Ersatzanspruch nur nach den Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag; ebenso steht ihm das Wegnahmerecht wie dem Miether zu. Wegen der ihm gegen den Verleiher zustehenden Ansprüche kann der Entleiher das Zurückbehaltungsrecht auch hinsichtlich eines Grundstücks geltend machen. **§ 601.**

3. Der Entleiher darf, wie der Miether, von der Sache nur den vertragsmäßigen Gebrauch machen. Hält er sich innerhalb der Grenzen des vertragsmäßigen Gebrauchs, so hat er Veränderungen und Verschlechterungen, welche durch einen solchen Gebrauch herbeigeführt werden, nicht zu vertreten[12]). Macht der Entleiher einen vertragswidrigen Gebrauch von der Sache, so hat er dem Verleiher den dadurch entstandenen Schaden zu ersetzen; auch kann der Verleiher die Leihe ohne Einhaltung einer Frist kündigen (§ 605 Nr. 2)[13]). **§§ 602, 603.**

4. Zur Ueberlassung des Gebrauchs der Sache an einen Dritten ist der Entleiher ohne die Erlaubniß des Verleihers nicht berechtigt[14]). Die unbefugte Ueberlassung des Gebrauchs stellt sich als ein vertragswidriger Gebrauch der

---

[9]) Vgl. oben § 149, insb. Anm. 4. — Außerdem kann der Verleiher sich nach den Grundsätzen über Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen haftbar machen. Vgl. Prot. II S. 270.

[10]) Vgl. oben § 153 unter 7 (S. 548).

[11]) Der Entleiher ist also im Verhältnisse zum Miether insofern schlechter gestellt, als er die nothwendigen Verwendungen entweder garnicht — wenn es sich um die gewöhnlichen Erhaltungskosten handelt — oder nur nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag ersetzt erhält, während der Vermiether dem Miether die nothwendigen Verwendungen immer ersetzen muß. Diese Verschiedenheit hat ihren Grund darin, daß der Vermiether dem Miether gegenüber die Pflicht der Erhaltung der Sache hat, während dem Verleiher eine solche Verpflichtung nicht obliegt. Hat z. B. A. dem B. ein Fahrrad vermiethet und wird dieses Fahrrad kasuell beschädigt, so muß A. es wieder in den gebrauchsfähigen Zustand versetzen. Nothwendige Reparaturkosten, die B. aufwendet, sind also unter allen Umständen im Interesse des A. aufgewendet. Der Verleiher eines Fahrrads braucht das beschädigte Fahrrad nicht reparieren zu lassen, er hat vielleicht an der Reparatur gar kein Interesse. Vgl. Prot. IV S. 185, 186. — Da andererseits der Entleiher selbst zu nothwendigen Verwendungen, abgesehen von der Vorschrift des § 601 Abs. 1, nicht verpflichtet ist, so wird man nach Analogie des § 545 eine Anzeigepflicht des Entleihers annehmen müssen. Zum Mindesten erfordert es Treue und Glaube, daß im obigen Beispiele B. dem A. die Reparaturbedürftigkeit des Rades anzeigt. Vgl. Planck Anm. 5 zu § 601, Cosack I § 141 unter IV, 2c.

[12]) Diese Vorschrift entspricht der des § 548. Vgl. hierüber oben § 155 unter II, 1 (S. 560).

[13]) Die Aufnahme einer dem § 550 entsprechenden Vorschrift hat man mit Rücksicht auf dieses Kündigungsrecht für überflüssig gehalten. Prot. II S. 270.

[14]) Die Vorschrift entspricht der des § 549 Abs. 1 S. 1; vgl. oben § 156.

Sache seitens des Entleihers dar, so daß dieser insbesondere dem Verleiher für jeden Schaden haften muß, welcher aus der Gebrauchsüberlassung entsteht[15]. Ist die Gebrauchsüberlassung mit Erlaubniß des Verleihers erfolgt, so hat der Entleiher ein Verschulden des Dritten auf Grund der Vorschrift des § 278 zu vertreten[16].

III. Die Beendigung der Leihe.

§§ 604, 605. 1. Die Leihe endigt mit Ablauf der für sie bestimmten Zeit. Ist eine Zeit nicht bestimmt, so endigt die Leihe, wenn der Entleiher den Gebrauch, zu welchem ihm die Sache geliehen worden ist, gemacht hat, jedoch kann der Verleiher die Sache schon dann zurückfordern, wenn soviel Zeit verstrichen ist, daß der Entleiher diesen Gebrauch hätte machen können. Ergiebt sich die Dauer der Leihe weder aus einer Zeitbestimmung noch aus dem Zwecke der Leihe, so kann der Verleiher die Sache jederzeit zurückfordern[17].

2. Vor Ablauf der vertragsmäßigen Zeit kann der Verleiher die Leihe ohne Einhaltung einer Frist kündigen, wenn er selbst der Sache in Folge eines Umstandes, den er beim Abschlusse des Vertrags nicht vorhergesehen hat, bedarf[18], ferner wenn der Entleiher einen vertragswidrigen Gebrauch von der Sache macht[19], und endlich, wenn der Entleiher stirbt[20].

3. Der Entleiher seinerseits ist in der Regel berechtigt, die Sache jederzeit,

---

[15] Vgl. oben § 156 unter 8 (S. 567).

[16] A. M. Planck (Anm. 2 zu § 603) und Oertmann (Anm. 2 a zu § 603), welche annehmen, daß eine solche Haftung des Entleihers nicht besteht, weil es hier an einer dem § 549 Abs. 2 entsprechenden Vorschrift fehlt. Diese Ansicht wäre richtig, wenn § 549 Abs. 2 eine von den allgemeinen Grundsätzen abweichende Ausnahmevorschrift wäre. Dies ist jedoch nicht der Fall. Die Vorschrift des § 549 Abs. 2 ist nur eine Konsequenz der Vorschrift des § 278. Vgl. oben § 156 Anm. 15 und oben § 84 Anm. 45. Der Unterschied der Haftung des Entleihers im Falle der unbefugten und der befugten Gebrauchsüberlassung besteht darin, daß er im ersteren Falle den Schaden ersetzen muß, der aus der Gebrauchsüberlassung entsteht, selbst wenn ein Verschulden des Dritten nicht vorliegt, während er im letzteren Falle nur zu haften hat, wenn dem Dritten ein Verschulden zur Last fällt. A. leiht dem B. ein Buch, welches B. ohne Erlaubniß des A. dem C. leiht Bei C. verbrennt das Buch bei einem in Folge eines Blitzschlags entstandenen Feuer. B. muß dem A. auch für diesen zufälligen Untergang aufkommen, wenn er nicht beweist. daß das Buch auch bei ihm durch Zufall untergegangen wäre. Hat B. dem C. das Buch mit Erlaubniß des A. geliehen, so ist B. von der Haftung frei. Fällt dem C. beim Gebrauch ein Verschulden zur Last, so muß für dieses Verschulden B. aufkommen; ein direktes Klagerecht gegen C. hat A. nur nach den Grundsätzen über Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen.

[17] Mit Ablauf der Zeit oder Erledigung des Gebrauchszwecks endigt die Leihe von selbst, so daß der Entleiher die Sache nicht mehr gebrauchen darf, er also jede durch den ferneren Gebrauch herbeigeführte Veränderung oder Verschlechterung (§ 602) vertreten muß, andererseits aber nicht mehr die Erhaltungskosten zu tragen hat (§ 601). In den Fällen des § 604 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 ist eine Zurückforderung der Sache, eine Aufforderung des Entleihers, die Sache zurückzugeben, erforderlich.

[18] Demgemäß kann derjenige, der zur Verleihung einer Sache sich verpflichtet hat, von diesem Vertrage zurücktreten, wenn solche Umstände nach dem Vertragsabschluß und vor Hingabe der Sache eintreten. Vgl. M. II S. 453. Die Beweislast, auch dafür, daß er den Umstand nicht vorhergesehen hat, trifft den Verleiher.

[19] Die Vorschrift entspricht der des § 553, nur mit dem Unterschiede, daß es hier einer Abmahnung nicht bedarf. Vgl. das Nähere oben § 155 S. 561.

[20] Die Leihe endigt also nicht von selbst mit dem Tode des Entleihers, es ist vielmehr noch eine Kündigung seitens des Verleihers erforderlich. Solange diese nicht erfolgt ist, kann, sofern sich nicht aus dem Vertrag ergiebt, daß die Sache dem Entleiher nur zum persönlichen Gebrauche geliehen worden ist, der Erbe des Entleihers die Sache gebrauchen. — Der Tod des Verleihers ist ohne Einfluß auf das Fortbestehen des Vertrags.

auch vor Ablauf der bestimmten Zeit, zurückzugeben, es sei denn, daß das Gegentheil vereinbart ist oder sich aus dem Inhalte des Vertrags ergiebt[21]).

4. Nach Beendigung der Leihe ist der Entleiher verpflichtet, die Sache zurückzugeben. Hat der Entleiher, mit oder ohne Erlaubniß des Verleihers, den Gebrauch der Sache einem Dritten überlassen, so kann der Verleiher seinen vertraglichen Anspruch auf Rückgabe der Sache auch gegen den Dritten geltend machen[22]).

5. Die Zurückgabe der Sache muß grundsätzlich in demselben Zustand erfolgen, in welchem der Entleiher sie empfangen hat.[23]) Kann er sie nicht oder nicht in diesem Zustande zurückgeben, so muß er beweisen, daß der Untergang oder die Veränderung ohne sein Verschulden eingetreten ist (§§ 602, 276).[24])

6. Hinsichtlich der Verjährung der Ansprüche des Verleihers und des Entleihers gilt dasselbe wie hinsichtlich der Verjährung der Ansprüche des Vermiethers und des Miethers.[25]) § 606.

Siebzehnter Titel.

Darlehen.

§ 166. Begriff des Darlehens.

Das Darlehen ist der Vertrag, durch welchen Jemand Geld oder andere vertretbare Sachen einem Anderen unter der Verpflichtung hingiebt, das Empfangene in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten. § 607 Abs. 1.

1. Gegenstand des Darlehens sind Geld oder andere vertretbare Sachen.[1]) Die Hingabe anderer Sachen seitens des Darleihers kann in doppelter Weise vorkommen:

a) Es kann vereinbart sein, daß der Empfänger die Sache verkaufen und den Erlös als Darlehen behalten soll. In diesem Falle bildet den Gegenstand des Darlehens nicht die Sache, sondern der Erlös, und zwar ist in der Regel der Darlehnsvertrag erst zu Stande gekommen, wenn der Empfänger der Sache

---

[21]) Vgl. M. II S. 449, Planck Anm. 8 zu § 604, Oertmann Anm. 1 d zu § 604, ferner oben § 160 unter IV, 4 (S. 582).

[22]) Das Nähere über diese mit dem § 556 Abs. 3 übereinstimmende Vorschrift s. oben § 156 unter 10 (S. 567).

[23]) Mit der Sache sind deren Früchte herauszugeben. Inwieweit der Entleiher für sich Gewinn aus der Sache ziehen darf oder den gezogenen Gewinn herausgeben muß, ist aus dem Inhalte des Vertrags zu entnehmen. Vgl. M. II S. 448, 449. — Hinsichtlich des Leistungsorts gelten die allgemeinen Grundsätze. Aus der Natur des Schuldverhältnisses (§ 269) wird in der Regel zu entnehmen sein, daß der Wohnort des Gläubigers Leistungsort ist, der Entleiher also die geliehene Sache dem Verleiher zurückbringen muß. Vgl. Oertmann Anm. 2 zu § 604, Planck Anm. 3 zu § 604, Dernburg II § 231 Anm. 6.

[24]) Im preußischen Rechte (ALR. I, 21 § 250) war vorgeschrieben, daß bei einer gemeinschaftlichen Gefahr für die geliehene Sache und für die eigene Sache des Entleihers dieser die geliehene Sache zuerst retten müsse. Das BGB. hat eine derartige Vorschrift nicht. Kann der Entleiher die Sache nicht oder nicht unversehrt zurückgeben, weil sie bei einer solchen Gefahr untergegangen oder beschädigt worden ist, so ist in jedem einzelnen Falle zu prüfen, ob in der unterlassenen Rettung der Sache ein Verschulden des Entleihers liegt. Vgl. M. II S. 450, Oertmann 2c zu § 603, Dernburg II § 231 unter I, 1.

[25]) Vgl. oben § 160 unter V (S. 582).

[1]) Ueber den Begriff vgl. oben § 27 unter 1 (S. 121). Einen Unterschied zwischen eigentlichem und uneigentlichem Darlehen (vgl. ALR. I, V § 853) kennt das BGB. nicht.

den Erlös erhalten hat, denn erst in diesem Augenblicke hat er das, was den Gegenstand des Darlehens bildet, empfangen [2]).

b) Es kann vereinbart sein, daß der Empfänger der Sache eine bestimmte vereinbarte Summe als Darlehen zurückerstatten soll. Bei einem solchen Geschäfte handelt es sich in der Regel in Wirklichkeit um einen Kauf, verbunden mit der Vereinbarung, daß der Kaufpreis als Darlehen geschuldet werden soll. War der Darlehnsgeber aus einem Vorvertrage zur Gewährung einer bestimmten Summe als Darlehen verpflichtet, so liegt in der in Rede stehenden Vereinbarung eine Hingabe an Erfüllungsstatt [3]).

2. Die Verpflichtung zur Rückerstattung wird nur für den begründet, der den Gegenstand des Darlehens empfangen hat. Das Darlehen ist ein Realkontrakt. Der Darleiher muß zur Begründung seiner Klage darthun, daß der Schuldner das, was er zurückerstatten soll, auch wirklich empfangen hat [4]).

3. Zum Begriffe des Darlehens gehört es ferner, daß die Sachen, die der Empfänger als Darlehen empfangen hat, mit dem Empfang in das Eigenthum des Empfängers übergegangen sein müssen [5]); es genügt, daß der Empfänger nach den Grundsätzen von dem Erwerbe des Eigenthums an beweglichen Sachen Eigenthümer geworden ist, wenn auch der Darleiher nicht Eigenthümer war [6]).

---

[2]) Vgl. Oertmann Anm. 2a zu § 607, Dernburg II § 234 unter III, 4. Abweichend Planck Anm. 26 zu § 607.

[3]) Das ALR. (I, 11 §§ 715—717) verbot ein Darlehen, bei welchem Waaren statt baaren Geldes gegeben werden. Der Empfänger wurde nicht Darlehnsschuldner, sondern hatte nur die Waaren oder deren Werth zu erstatten. Diese Bestimmungen richteten sich gegen den Wucher (vgl. § 718 ff. I, 11). Nach BGB. besteht ein solches Verbot nicht. Falls Wucher vorliegt, kommt § 138 in Betracht.

[4]) Vgl. M. II S. 306. Daß er das Geld direkt vom Gläubiger empfangen hat, ist natürlich nicht erforderlich. Es kann die Hingabe auch von einem Dritten auf Anweisung des Darleihers oder als dessen Stellvertreter erfolgen. Hat Jemand eigenes Geld unter fremdem Namen zum Darlehen gegeben, so sind für die Frage, ob ein Darlehnsvertrag zu Stande kommt, die Grundsätze der Stellvertretung maßgebend. Kommt ein Darlehnsvertrag nicht zu Stande, so hat der Geber gegen den Empfänger einen Anspruch aus der ungerechtfertigten Bereicherung. Vgl. M. II S. 311, Planck Vorbem. 3 vor § 607.

[5]) Im E I § 453 Abs. 2 war dies besonders ausgesprochen: „Ist der Empfänger durch die Darleihung nicht Eigenthümer des Empfangenen geworden, so ist der Darlehnsanspruch gegen ihn nicht begründet." In der zweiten Kommission ist die Vorschrift im Wesentlichen deswegen gestrichen, weil sie keines Ausspruchs im Gesetze bedürfe (Prot. II S. 42). Das in Rede stehende Erforderniß ergiebt sich daraus, daß das Darlehen für den Empfänger nur die Verpflichtung begründet, Sachen gleicher Qualität zurückzugewähren, er also — im Gegensatze zur Leihe und Miethe — berechtigt sein muß, über die empfangenen Sachen frei zu verfügen, sie zu verbrauchen. Uebrigens handelt es sich mit Rücksicht auf die Vorschrift der §§ 932, 935 Abs. 2 um eine Frage von geringer praktischer Bedeutung. — Da nicht der gute Glaube Voraussetzung, sondern der böse Glaube Hinderniß des Eigenthumserwerbes ist (§ 932), trifft auch hier die Beweislast nicht den Darleiher, sondern den Empfänger.

[6]) Das ALR. gab für diesen Fall in den §§ 665—670 I, 11 Vorschriften, deren Sinn nicht unbestritten ist, die aber, richtiger Ansicht nach (vgl. Eccius II § 137 Anm. 65 und 66, ROHG. Bd. 24 S. 370), dahin gehen, daß zwar das Darlehen unter den Parteien gültig ist, daß aber der Eigenthümer der zum Darlehen gegebenen Sache berechtigt ist, als Gläubiger in die Darlehnsforderung einzutreten. Dasselbe gilt für das BGB. Es liegt der Fall des § 816 vor. Hat A. dem B. Geld zur Aufbewahrung gegeben und giebt B. dieses Geld dem C., der sich in gutem Glauben befindet, zum Darlehen, so ist zwischen B. und C. ein gültiger Darlehensvertrag zu Stande gekommen. B. ist aber, da er als Unberechtigter über das Geld des A. eine Verfügung getroffen hat, die dem A. gegenüber auf Grund der Vorschrift des § 932 wirksam ist, dem A. „zur Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten" (§ 816), d. h. zur Abtretung des Darlehensanspruchs verpflichtet. A. kann also gegen B. auf Zession der Darlehnsforderung klagen. Will A.

Befand sich aber der Empfänger nicht in gutem Glauben, so daß er das Eigenthum an den dem Darleiher nicht gehörigen Sachen nicht erworben hat, dann ist auch ein Darlehnsvertrag nicht zu Stande gekommen. Der Geber hat gegen den Empfänger keinen Rückforderungsanspruch, wohl aber hat der Eigenthümer gegen ihn Ansprüche, sei es aus dem Eigenthum oder der unerlaubten Handlung oder der ungerechtfertigten Bereicherung [7]).

4. Durch den Darlehnsvertrag wird für den Empfänger nur die Verpflichtung begründet, das Empfangene zurückzuerstatten. Ist vereinbart, daß der Empfänger dem Darleiher mehr zurückzuerstatten hat, als er als Darlehen empfangen hat, so hat das Mehr die Natur der Zinsen. Es müssen daher auf diesen Mehrbetrag die Vorschriften über die Zinsen zur Anwendung gebracht werden [8]).

5. Die Begründung eines Darlehens kann nach den Vorschriften des BGB. auch in der Weise erfolgen, daß derjenige, welcher Geld oder andere vertretbare Sachen aus einem anderen Grunde schuldet, mit seinem Gläubiger vereinbart, daß das Geld oder die Sachen als Darlehen geschuldet werden sollen. Da in Folge einer solchen Vereinbarung das aus einem anderen Grunde Geschuldete nunmehr als Darlehen geschuldet wird, so kommen auf die Schuld die für das Darlehen geltenden Vorschriften zur Anwendung, insbesondere richten sich nach diesen Verjährung, Verzinsung, Fälligkeit [9]). Wie aber der Gläubiger bei der

§ 607 Abs. 2.

---

verhindern, daß C. in der Zwischenzeit bis zur Rechtskraft des Urtheils (vgl. § 894 CPO.) an B. zahle, so muß er den Erlaß einer einstweiligen Verfügung beantragen, durch welche dem C., Zahlung an B. zu leisten, untersagt und aufgegeben wird, bei Fälligkeit des Darlehens den Betrag zu hinterlegen. Weitergehende Ansprüche des A. gegen B. aus dem zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältniß, im vorliegenden Falle aus dem Depositum und der unerlaubten Handlung, bleiben natürlich unberührt.

[7]) Das Erforderniß des Eigenthumsüberganges darf aber nicht zu eng dahin aufgefaßt werden, daß individuelle Sachen in das Eigenthum des Darlehnsschuldners übergehen müssen, es genügt natürlich auch, daß dieser das Darlehen in der Weise „empfangen hat", daß eine Geldsumme in sein Vermögen übergegangen ist, z. B. so, daß der Darleiher A. seinen Bankier anweist, eine Summe Geldes dem Bankier des B. für Rechnung des B. zu überweisen und daß der Bankier des B. nach erfolgter Ueberweisung dem B. mittheilt, er habe den Betrag seinem Konto gutgebracht. Auch wenn der Darlehnsempfänger B. den Darleiher A. anweist, die Darlehns-Valuta sofort an einen Dritten für Rechnung des B. zu zahlen, hat B. das Darlehen in rechtsgültiger Weise empfangen. Vgl. Dernburg II § 234 unter III.

[8]) Dies ist von besonderer Wichtigkeit für die Verjährung. A. giebt dem B. am 1. April 1900 ein Darlehen von 500 Mark mit der Abrede, daß B. am 1. April 1901 550 Mark zurückzuzahlen habe. Der Anspruch auf die die Darlehnssumme übersteigenden 50 Mark verjährt mit Ablauf des 31. December 1905 (§§ 197, 201), während der Anspruch auf Zurückerstattung der Darlehnssumme von 500 Mark erst am 1. April 1931 verjährt. Diese Rechtslage ändert sich auch dadurch nicht, daß B. zur Verschleierung des Sachverhalts einen Darlehnsschuldschein über 550 Mark ausgestellt hat. Es steht ihm der Gegenbeweis offen, daß er thatsächlich nur 500 Mark als Darlehen erhalten hat, daß also die überschießenden 50 Mark Zinsen sind. A. M. Dernburg II § 235 Anm. 2.

[9]) Das ALR. bestimmte, daß jede rückständige Zahlung nach der Natur des Geschäfts, aus welchem die Verbindlichkeit entstanden ist, beurtheilt werden muß (§ 866 I, 11), und daß es also an der Natur des ursprünglichen Geschäfts nichts ändere, „wenngleich über die schuldige Summe ein Schuldschein als über ein Darlehen ausgestellt worden". (§ 867 I, 11.) Hieraus ist vielfach gefolgert worden, daß, wenn der Darlehnsklage gegenüber der Beklagte bestreitet, ein Darlehen empfangen zu haben, und der Kläger hierauf das ursprüngliche Geschäft offenlegt, hierin eine unzulässige Klageänderung liege. Gegen diesen Einwand wird der Kläger jetzt durch die Vorschrift des § 607 Abs. 2 geschützt. Wenn dies nun auch, wie die M. II S. 312 ergeben, der hauptsächlichste Zweck der Vorschrift war, so geht man doch zu weit, wenn man mit Klemperer (Gruchot Bd. 43 S. 568: „Der vorliegende Paragraph entscheidet lediglich die Frage nach der Klageänderung . . .; irgend etwas Weiteres

Darlehnsklage beweisen muß, daß der Schuldner den Gegenstand des Darlehens empfangen hat, so muß er hier beweisen, daß der Schuldner dasjenige, was er als Darlehen zu verschulden erklärt hat, aus einem anderen Grunde schulde[10]), denn die Existenz dieser Schuld ersetzt den realen Empfang des Darlehens. Es ist somit dem Schuldner auch unbenommen, Einwendungen aus dem alten Schuldverhältnisse zu erheben, soweit er diese nicht durch das in der Vereinbarung liegende Anerkenntniß verloren hat. — Anders gestaltet sich freilich die Sache, wenn in der Vereinbarung des § 607 Abs. 2 ein abstraktes Schuldanerkenntniß im Sinne des § 781 liegt[11]). Dann sind Einwendungen aus dem alten Schuldverhältniß unzulässig[12]); der Schuldner kann bei Unwirksamkeit des aus dem

---

ist aus ihm nicht zu entnehmen.") annimmt, daß sich hierin die Bedeutung der Vorschrift erschöpfe. Sie hat nämlich außer dieser mehr prozessualischen Seite noch eine wichtige materiellrechtliche Seite. Das Gesetz gestattet, daß außer auf dem Wege des § 607 Abs. 1 auch durch eine Vereinbarung nach § 607 Abs. 2 ein Darlehen begründet werde. Kann vereinbart werden, daß das aus einem anderen Grunde, z. B. aus dem Kaufe, Geschuldete fortan als Darlehen geschuldet werde, so ist die Folge, daß es nunmehr als Darlehen geschuldet wird. Die Sache ist ganz so zu behandeln, als wäre wirklich ein Darlehen im Sinne von § 607 Abs. 1 gegeben worden. Und zwar ist die Hingabe gewissermaßen durch brevi manu traditio erfolgt: der Schuldner soll das Geld, das er aus dem Kaufe schuldet und das er eigentlich dem Gläubiger zu zahlen verpflichtet ist, von diesem sofort als Darlehen zurückerhalten; zur Vereinfachung behält er das Geld und schuldet es somit fortan als Darlehen. Vgl. Endemann I § 184 Anm. 6, ferner Dernburg II § 234 unter IV. Dies ist vor allem wichtig für die Verjährung. Unterlag das aus dem bisherigen Grunde Geschuldete einer kurzen Verjährung, so gilt nunmehr die ordentliche Verjährung. — Ob ein solcher Vertrag des § 607 Abs. 2 beabsichtigt war oder ob die Parteien nur die alte Schuld bestehen lassen und sie nur in Nebenpunkten modifizieren wollten, ist freilich quaestio facti. Erklärt der Schuldner: Ich habe von A. ein Pferd gekauft und schulde ihm dafür 500 Mark; A. hat mir diese 500 Mark gestundet und ich verpflichte mich, die Schuld vom heutigen Tage an mit 5% zu verzinsen und nach dreimonatiger Kündigung zu zahlen, so liegt der Fall des § 607 Abs. 2 offenbar nicht vor. Erklärt er dagegen: Ich schulde dem A. für ein von diesem gekauftes Pferd 500 Mark. A. beläßt mir diese 500 Mark als Darlehen, ich bekenne daher, von A. 500 M. geliehen erhalten zu haben und verpflichte mich u. s. w., so liegt eine Vereinbarung im Sinne des § 607 Abs. 2 vor. Im Leben wird gewöhnlich die alte causa gar nicht genannt, sondern nur ein Darlehnsschuldschein ausgestellt. — Zu bemerken ist noch, daß aus dem Umstande, daß in Folge der Vereinbarung das Geschuldete nicht mehr aus dem alten Grunde, sondern aus dem Darlehen geschuldet wird, nicht mit Nothwendigkeit folgt, daß die für die alte Schuld bestehenden Bürgschaften und Pfandrechte untergehen. Auch die Frage, ob diese Wirkung eintreten soll, hängt lediglich von der Absicht der Parteien ab und in der Regel werden sie diese Wirkung nicht gewollt haben. Vgl. Prot. II S. 42, Planck Anm. 5 zu § 607.

[10]) In der Praxis wird sich aber die Beweislast in der Regel umkehren, da bei einer Vereinbarung des § 607 Abs. 2 gewöhnlich ein schriftlicher Schuldschein ausgestellt wird. Die Sache wird sich praktisch folgendermaaßen gestalten: A. stellt gegen B. die Darlehnsklage aus einem Schuldschein an, in welchem B. erklärt, von A. ein Darlehen von 500 M. erhalten zu haben. B. bestreitet den Empfang des Darlehns und schiebt zum Gegenbeweise dem A. den Eid zu. A. behauptet nun, B. habe ihm aus einem Kaufe 500 M. geschuldet, es sei vereinbart worden, daß B. diese 500 M. als Darlehen verschulden solle, und darauf hin habe B. den Schuldschein ausgestellt. Diese Behauptung, die A. beweisen muß, genügt. A. braucht die Existenz der Schuld nicht mehr darzuthun, denn in dem Anerkenntnisse des B., die 500 M. als Darlehen zu schulden, liegt das Anerkenntniß, daß die alte Schuld bestanden habe. Seine Sache ist es, den Gegenbeweis zu führen. Vgl. Planck a. a. O.

[11]) In diesem Falle muß das Anerkenntniß, obwohl die Vereinbarung des § 607 Abs. 2 an sich formlos ist, schriftlich sein.

[12]) Eine Ausnahme bildet jedoch der Einwand, daß das Geld aus Spiel oder Wette geschuldet worden sei (§ 762 Abs. 2). Ebenso, wie dieser Einwand nicht durch ein abstraktes Schuldanerkenntniß beseitigt wird, kann er nicht durch eine Vereinbarung des § 607 Abs. 2 aus der Welt geschafft werden. Es macht keinen Unterschied, ob der Verlierer sagt: ich erkenne an, dem X. 1000 M. zu verschulden, oder ob er erklärt: ich bekenne, von X. ein Darlehen von 1000 M. erhalten zu haben.

anderen Grunde Geschuldeten das Schuldanerkenntniß nur nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung rückgängig machen.

6. Dem Darlehen als Realvertrag kann ein auf die künftige Begründung eines Darlehens gerichteter Vorvertrag (pactum de mutuando) vorhergehen. Ein solcher Vertrag hat gewöhnlich den Inhalt, daß die eine Partei sich zur Hingabe eines Darlehens verpflichtet. Ob die andere Partei sich gleichzeitig zur Annahme des Darlehens verpflichtet hat, ist in jedem einzelnen Falle nach dem Inhalte des Vertrags zu beurtheilen[13].

Derjenige, der das Darlehen versprochen hat, hat im Zweifel das Recht, sein Versprechen zu widerrufen, wenn nach dem Vertragsabschlusse die Vermögensverhältnisse des anderen Theiles sich derart verschlechtern, daß der Anspruch auf Rückerstattung gefährdet ist[14]. Im Uebrigen steht sowohl der Anspruch auf Hingabe wie der auf Empfangnahme des Darlehens unter den allgemeinen Grundsätzen, die für die Erfüllung von Verträgen gegeben sind[15]. Auf die Erfüllung beider Verpflichtungen kann geklagt werden[16]. Einer besonderen Form bedarf der Vertrag nicht. **§ 610.**

---

[13]) Auch das ist nicht ausgeschlossen, daß durch den Vertrag nur die Verpflichtung zur Annahme eines Darlehens, nicht auch die zur Hingabe begründet wird. So kann z. B. Jemand mit einem Banquier vereinbaren, daß dieser immer auf Verlangen des anderen Theiles von ihm Gelder als Darlehen anzunehmen hat.

[14]) Vgl. § 321, oben § 96 unter 2 (S. 372). War die schlechte Vermögenslage schon zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhanden und dem das Darlehen Versprechenden unbekannt, so kann unter Umständen ein zur Anfechtung des Versprechens berechtigender Irrthum im Sinne des § 119 vorliegen. Vgl. Türk bei Gruchot Bd. 43 S. 549 ff., Planck Anm. 4 zu § 610, Oertmann Anm. 2a zu § 610. — Die Vorschrift des § 610 ist übrigens nur eine Auslegungsregel („im Zweifel"). Der Widerruf ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung.

[15]) Was derjenige, der das Darlehen versprochen hat, zu geben verpflichtet ist, hängt von dem Inhalte des geschlossenen Vertrags ab; er muß diejenigen vertretbaren Sachen geben, die nach der Abmachung der Parteien den Gegenstand des Darlehens bilden sollten. Ist nichts Besonderes vereinbart, so wird anzunehmen sein, daß er Geld zu geben hat. Vgl. Planck Anm. IV 1 vor § 607. Es ist aber zu beachten, daß es sich nicht um eine Zahlung in dem Sinne handelt, daß eine Geldschuld zu erfüllen ist, sondern um eine Handlung zum Zwecke der Begründung eines Vertrags. Ein Darlehen kann nur dadurch zu Stande kommen, daß der Schuldner den Gegenstand des Darlehens „empfängt" (§ 607 Abs. 1). Der Versprechende kann also seine Verpflichtung nur dadurch erfüllen, daß er diese Empfangnahme bewirkt, herbeiführt. Es folgt hieraus, daß eine Aufrechnung seitens des Verpflichteten unstatthaft ist. Anders dagegen liegt es, wenn die andere Partei sich mit der Aufrechnung einverstanden erklärt. Dann empfängt sie zwar kein Darlehen, erklärt aber, daß sie das, was sie bereits schulde, nunmehr als Darlehen verschulden wolle. Es liegt also ein Fall des § 607 Abs. 2 vor. — Unstatthaft ist ferner eine Zession des Anspruchs auf Hingabe des Darlehens, wenn die Zession so gemeint ist, daß der Zessionar der Darlehnsschuldner werden soll (§ 399). Dagegen ist es selbstverständlich zulässig, daß die Darlehnsvaluta mit dem Willen des Berechtigten an einen Anderen gezahlt wird, so daß Darlehnsschuldner der ursprüngliche Kontrahent wird. Und diese Willenserklärung des Berechtigten muß in der Zession gefunden werden (vgl. RG. Bd. 38 S. 310, 311). Hieraus folgt, daß, da eine eigentliche Abtretung des Anspruchs auf Hingabe des Darlehens nicht statthaft ist, der Anspruch auch nicht gepfändet werden kann (§ 851 CPO.). Es kann also ein Darlehen nicht dadurch zu Stande kommen, daß der Anspruch des A. gegen B. auf Hingabe des Darlehens von C., dem Gläubiger des A. gepfändet wird, und B. ohne die Einwilligung des A. die Darlehnsvaluta an C. zahlt.

[16]) Einer Klage auf Annahme des Darlehens wird es in der Regel nicht bedürfen. Denn da derjenige, der sich zur Annahme des Darlehens verpflichtet hat, durch die Weigerung nicht nur in Schuldnerverzug, sondern auch in Gläubigerverzug kommt, mindestens dann, wenn der andere Theil sich auch zur Hingabe des Darlehens verpflichtet hat, so erreicht der andere Theil seinen Zweck einfacher und bequemer durch Hinterlegung. Jedoch ist das Darlehen als Realvertrag erst dann geschlossen, wenn die Rücknahme der hinterlegten Sache

§ 608. 7. Zinsen hat der Darlehnsschuldner nur zu entrichten, wenn dies vereinbart ist. In Ermangelung einer besonderen Bestimmung sind die Zinsen nach Ablauf je eines Jahres von der Hingabe des Darlehens an und, wenn das Darlehen vor dem Ablauf eines Jahres zurückzuerstatten ist, bei der Rückerstattung zu entrichten[17]).

8. Das Darlehen ist formfrei. Der Ausstellung eines Schuldscheins bedarf es nicht. Ist ein Schuldschein ausgestellt, so richtet sich seine Beweiskraft lediglich nach den Vorschriften der CPO. über den Urkundenbeweis[18]).

§ 167. Die Rückerstattung des Darlehens.

1. Die Rückerstattung des als Darlehen Empfangenen hat in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zu erfolgen (§ 607 Abs. 1). Handelt es sich um ein Gelddarlehen, so kommen die Vorschriften über die Leistung einer Geldschuld zur Anwendung[1]). Sind Inhaberpapiere als Darlehen gegeben, so hat der Empfänger die Verpflichtung, Inhaberpapiere derselben Art zurückzuerstatten. Dies ist jedoch nur der Fall, wenn die Papiere in Wirklichkeit den Gegenstand des Darlehens bildeten. Meist wird die Hingabe der Papiere zu dem Zwecke erfolgen, ein Gelddarlehen zu begründen, sei es, daß der Empfänger die Inhaberpapiere zu einem bestimmten Werthe annimmt oder sie verkaufen und den Erlös als Darlehen behalten soll[2]). Sind Inhaberpapiere gleicher Art zu erstatten, solche aber zur Zeit der Fälligkeit des Darlehens nicht mehr vorhanden, so hat der Schuldner soviel an Geld zu erstatten, als er durch die Inhaberpapiere thatsächlich erlangt hat[3]).

---

ausgeschlossen ist, denn erst dann kann man auf Grund des § 378 sagen, der Schuldner habe das Darlehen empfangen.

[17]) Vgl. das Nähere über Zinsen oben § 74 (S. 295 ff.).

[18]) Die Fähigkeit, sich durch die Empfangnahme eines Darlehens als Darlehnsschuldner zu verpflichten, richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen über die Geschäftsfähigkeit. Eine besondere Beschränkung der Darlehnsfähigkeit kennt das BGB. nicht. Es sind also insbesondere die landrechtlichen Vorschriften über die Beschränkung der Darlehnsfähigkeit der Militärpersonen und der Personen, welche bei den Königlichen Schauspielen oder bei der Hofkapelle angestellt sind, aufgehoben. Aufrecht erhalten dagegen sind durch EG. Art. 57 die §§ 676, 677 ALR. I 11 über Darlehen an Prinzen und Prinzessinnen des Königlichen Hauses. Vgl. Pr.AG. zum BGB. Art. 89.

[1]) S. oben § 73.

[2]) Der Umstand allein, daß der Darleiher Werthpapiere gegeben hat, ist also für die Verpflichtung, Werthpapiere zurückzuerstatten, nicht entscheidend. Es bleibt immer noch zu untersuchen, ob diese Werthpapiere auch den Gegenstand des Darlehens bildeten. Bittet A. den B. um ein Darlehen von 1000 Mark und giebt ihm B., der ihm dieses Darlehen gewährt, ein Inhaberpapier im Werthe von 1000 Mark, so liegt ein Gelddarlehen vor. Bedingt sich B. die Rückgabe eines Werthpapiers gleicher Art aus, so ist der Hergang so zu konstruieren, daß B. zwar die Gewährung eines Gelddarlehens ablehnt, aber das Darleihen des Werthpapiers offeriert, so daß dieses Darlehen durch die Annahme des Werthpapiers durch A. zu stande kommt.

[3]) Von der Verpflichtung, Inhaberpapiere gleicher Art zu erstatten, ist er nach § 275 frei geworden (vgl. Planck Anm. 4 zu § 607, Neumann Anm. 2 b β zu § 607). Des Weiteren ist zu unterscheiden: Besaß er noch das Werthpapier, als es aus dem Verkehre gezogen wurde, so muß er nach § 281 den Betrag herausgeben, den er bei Einlösung des Papiers erhalten hat. Besaß er das Papier zu der angegebenen Zeit nicht mehr, so daß das Papier nicht bei **ihm** eingelöst worden ist, so hat der Gläubiger gegen ihn einen Bereicherungsanspruch, der nach § 818 Abs. 2 u. 3 in der Regel auf den Betrag gehen wird, den er bei der Verwerthung des Papiers erhalten hat. Es entspricht dieses Resultat auch dem Begriffe des Darlehens als eines Realvertrags und dem Gedanken des § 607 Abs. 1, daß der Schuldner „das Empfangene" zurückerstatten soll. — Selbstverständlich ist, daß, wenn die Papiere zur Zeit der Fälligkeit vorhanden waren und

2. Die Rückerstattung des Darlehens hat an erster Stelle zu derjenigen Zeit zu erfolgen, die zwischen Parteien vereinbart ist. Fehlt es an einer solchen Vereinbarung[4]), so tritt nicht das im § 271 Abs. 1 gegebene Recht, sofort zu fordern und sofort zu leisten, ein, vielmehr wird die Fälligkeit des Darlehens durch Kündigung[5]) herbeigeführt, und zwar beträgt die Kündigungsfrist bei Darlehen bis zu 300 Mark einen Monat, bei höheren Beträgen drei Monate[6]). Das Kündigungsrecht steht, wenn keine abweichenden Vereinbarungen getroffen sind[7]), sowohl dem Gläubiger wie dem Schuldner jederzeit zu. **§ 609.**

3. Ist für die Rückerstattung eine Zeit bestimmt, so ist nach der Auslegungsregel des § 271 Abs. 2 anzunehmen, daß diese Zeitbestimmung nur zu Gunsten des Schuldners erfolgt ist, so daß er das Darlehen auch vorher zurückerstatten kann. Jedoch wird diese Auslegungsregel nur bei unverzinslichen Darlehen Platz greifen[8]). Damit stimmt die Vorschrift überein, daß, falls keine Zeit für die Rückerstattung bedungen ist, der Schuldner bei unverzinslichen Darlehen auch ohne Kündigung zur Rückerstattung berechtigt ist (§ 609 Abs. 3)[9]).

4. Für den Ort der Rückerstattung des Darlehens gelten die allgemeinen Grundsätze über den Leistungsort (§§ 269, 270). Da an erster Stelle der Wille der Parteien maßgebend ist, so wird man bei einem aus Gefälligkeit gewährten, zumal unverzinslichen Darlehen annehmen müssen, daß nach der Absicht der Parteien der Schuldner das Empfangene dem Gläubiger zurückzubringen hat, daß also der Wohnsitz des Gläubigers der Leistungsort ist[10]).

Achtzehnter Titel.

Der Dienstvertrag.

§ 168. Begriff des Dienstvertrags.

I. Das BGB. kennt die eine Anzahl gleichartiger Verträge zusammenfassende Kategorie der sog. Verträge über Handlungen oder Arbeitverträge nicht.

---

erst aus dem Verkehre gezogen worden sind, nachdem der Schuldner in Verzug gekommen war, er dem Gläubiger schadensersatzpflichtig ist (§§ 286 Abs. 1, 287).

[4]) Die Zeit der Rückzahlung muß nicht gerade fest bestimmt sein, es kann sich auch sonst aus den Umständen ergeben, daß eine Kündigung nicht erforderlich sein soll. Wer sich von einem Freunde 500 Mark „auf einige wenige Tage" borgt, kann nicht verlangen, daß der Gläubiger noch eine dreimonatige Kündigungsfrist innehält. Das verstieße gegen § 242. Vgl. Neumann Anm. 3 zu § 609.

[5]) Die Kündigung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Vgl. oben § 160 unter I, 2 (S. 576). Nach § 257 CPO. kann Klage auf künftige Rückzahlung eines Darlehens erhoben werden.

[6]) Vgl. § 1193. Bei Grundschulden beträgt die Kündigungsfrist sechs Monate.

[7]) Das Kündigungsrecht kann auf Zeit, für den Gläubiger auch gänzlich ausgeschlossen werden. Dagegen ist der völlige Ausschluß des Kündigungsrechts für den Schuldner unstatthaft, denn es verstößt gegen die guten Sitten, daß Jemand beständig Schuldner eines Anderen sein soll, ohne je die Möglichkeit zu haben, sich von dieser Schuld zu befreien (vgl. § 1202). Vgl. Oertmann Anm. 1c zu § 609, Planck Anm. 5 zu § 609, Dernburg II § 235 unter III d. A. M. Cosack I S. 498.

[8]) Vgl. oben § 81 unter 3 (S. 313).

[9]) Eine den landrechtlichen Bestimmungen (§§ 759, 760 ALR. I, 11) entsprechende Vorschrift, daß der Gläubiger das Darlehen auch vor der bestimmten Zeit zurückfordern kann, wenn der Schuldner zahlungsunfähig oder flüchtig geworden ist oder seinen Wohnsitz ins Ausland verlegt hat, hat das BGB. nicht. Der Gläubiger kann sich in diesen Fällen nur durch einen Arrest nach Maßgabe der Vorschriften der CPO. sichern.

[10]) Vgl. Oertmann Anm. 2 zu § 609, Cosack I § 142 unter IV, 3a (S. 497).

Es behandelt vielmehr mehrere der Verträge, die man früher unter diesen allgemeinen Begriff zu subsumieren pflegte, als völlig koordinierte, selbständige Vertragsformen[1]). Der Umstand, daß die Leistung, zu welcher der Schuldner verpflichtet ist, in einer Handlung besteht, begründet in der Regel eine Abweichung von den allgemeinen für Verträge geltenden Grundsätzen nicht[2]). Auch die Leistung einer Handlung, die den Gegenstand eines Schuldverhältnisses bildet, kann der Gläubiger durch Klage und die in der CPO. gegebenen Vollstreckungsmaßregeln erzwingen. Nicht minder kann, wenn im gegebenen Falle der Inhalt des Vertrags dahin geht, daß der Gläubiger auch die Vornahme der Handlung zu gestatten hat, dem zur Leistung der Handlung Verpflichteten also auch ein Anspruch auf Vornahme der Handlung zustehen soll, dieser Anspruch im Prozeßwege verfolgt werden[3]).

§ 611. II. Der Dienstvertrag ist der Vertrag, durch welchen sich der eine Theil (der zur Dienstleistung Verpflichtete) zur Leistung von Diensten gegen die Verpflichtung des anderen Theiles (des Dienstberechtigten) zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet[4]).

1. Den Gegenstand des Vertrags bildet die Leistung von Diensten. Vom Standpunkte des Verpflichteten aus sind die Dienste Selbstzweck, nicht Mittel zur Erreichung eines anderen Zweckes. Hierdurch unterscheidet sich der Dienstvertrag vom Werkvertrage, dessen Gegenstand ein „herbeizuführender Erfolg" (§ 631) ist, bei welchem die Dienste des Verpflichteten nur die Mittel sind, das beabsichtigte Resultat zu erzielen[5]).

2. Gegenstand des Vertrags können Dienste jeder Art sein (§ 611 Abs. 2), sowohl rein thatsächliche wie rechtliche[6]). Den Unterschied zwischen Dienstvertrag und Auftrag begründet nicht die Art der geleisteten Dienste, sondern die Entgeltlichkeit. Es ist für den Begriff des Dienstvertrags gleich-

---

[1]) Vgl. hierüber oben § 127 unter II (S. 467), insbesondere Anm. 7.

[2]) Insbesondere ist das dem preußischen Rechte (ALR. §§ 408 I, 5, 877, 878 I, 11, RG. Bd. 21 S. 232 ff.) eigenthümliche freie Rücktrittsrecht beider Theile im BGB. nicht anerkannt. S. oben § 71 unter 2 (S. 292). Vgl. jedoch § 888 Abs. 2 CPO., ferner § 627 (s. unten § 169 unter 5 S. 617).

[3]) Dies kann z. B. bei Verträgen mit Malern, Bildhauern, Schauspielern der Fall sein, wenn sie nicht nur ein Interesse daran haben, durch den Vertrag Geld zu verdienen, sondern auch daran, ihre Kunst auszuüben. Allerdings muß diese Verpflichtung des anderen Theiles im Vertrage, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend, zum Ausdrucke gelangt sein. Man wird z. B. den Intentionen der Parteien bei dem Engagements-Vertrage mit einem Schauspieler wenig gerecht, wenn man annehmen wollte, der Theater-Direktor erfülle seine Vertragspflichten, wenn er dem Schauspieler seine Gage bezahlt, ihn aber nie auftreten läßt. Man wird vielmehr, wenigstens in häufigen Fällen, dem Schauspieler einen klagbaren Anspruch darauf, angemessen beschäftigt zu werden, nicht versagen können. Vgl. Planck Anm. 3c zu § 611.

[4]) Den Vorschriften des BGB. gehen diejenigen Reichsgesetze vor, welche gewisse Dienstverträge speziell regeln. In Betracht kommen insbesondere die Vorschriften des Handelsgesetzbuchs über die Handlungsgehülfen und Handlungslehrlinge (§§ 59—83 HGB.) sowie die der Gewerbeordnung (§§ 105 ff.) über die gewerblichen Arbeiter. (Vgl. Planck Vorbem. I zum Dienstvertrage.) Zur Ergänzung dieser Spezialvorschriften dienen die Bestimmungen des BGB. Vgl. Dernburg II § 304 unter III. — Von aufrechterhaltenen landesgesetzlichen Spezialvorschriften kommt nach EG. Art. 95 besonders das Gesinderecht in Betracht.

[5]) Vgl. unten § 172 S. 633.

[6]) Daß beim Abschlusse des Dienstvertrags getroffene Vereinbarungen, die gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßen, z. B. Beschränkung der Koalitionsfreiheit oder der Gewissensfreiheit, nichtig sind, folgt aus den §§ 134, 138. Vgl. KB. zu § 604 S. III. Inwieweit hierdurch der ganze Vertrag nichtig wird, bestimmt sich nach § 139.

gültig, ob es sich um körperliche oder geistige, niedere oder höhere Dienste handelt, wenn auch für letztere in mancher Beziehung besondere Grundsätze gelten (vgl. § 627). Unter den Begriff des Dienstvertrags (oder Werkvertrags) fällt nicht nur der Vertrag mit dem gewöhnlichen Handarbeiter oder Tagelöhner, sondern auch der mit dem Handwerker, Künstler, Baumeister, sowie der mit dem Arzte, Rechtsanwalt, Lehrer, Erzieher. Auch das begründet keinen begrifflichen Unterschied, ob die Dienste auf Grund eines festen dauernden Anstellungsverhältnisses (Gesinde, Handlungsgehülfen) zu leisten sind, oder ob der Vertrag nur bestimmte einzelne Dienste zum Gegenstande hat.

3. Wesentlich für den Begriff des Dienstvertrags ist ferner, daß die Dienste dem Berechtigten, d. h. ausschließlich oder mindestens an erster Stelle in dessen Interesse geleistet werden. Es ist kein Dienstvertrag, wenn Jemand nur im eigenen Interesse Dienste leistet, Handlungen vornimmt, Arbeiten ausführt, sei es, um dadurch eine andere ihm obliegende Verpflichtung zu erfüllen oder sonst für sich einen Erfolg zu erzielen.[7])

4. Wesentlich für den Begriff des Dienstvertrags endlich ist die Entgeltlichkeit. Hierdurch insbesondere unterscheidet er sich, wie bereits erwähnt, vom Auftrage. Die Vergütung, die in jeder beliebigen Leistung bestehen kann,[8]) kann sowohl ausdrücklich wie stillschweigend vereinbart werden. Auch wenn eine Vereinbarung überhaupt nicht vorliegt, ist dennoch kraft gesetzlicher Fiktion eine Vergütung als vereinbart dann anzusehen, wenn nach den Umständen des Falles die Dienstleistung nur gegen Entgelt erwartet werden kann.[9]) — Für die Höhe der Vergütung ist die Bestimmung der Parteien, an zweiter Stelle eine etwa

§ 612.

[7]) In der Praxis kommt häufig folgender Fall vor: A. bewirbt sich bei B. um die Uebertragung gewisser Arbeiten, z. B. der Ausführung eines Baues. B. sagt ihm: machen Sie mir einen Anschlag. A. fertigt in Folge dessen Zeichnungen, Kostenberechnungen u. s. w. an, vielleicht unter Aufwendung von viel Mühe und Arbeit. Nachdem ihm B. sodann den Bau nicht übertragen hat, verlangt A. angemessene Vergütung für die Zeichnungen und Anschläge. Der Anspruch ist unbegründet. Denn es liegt ein Dienstvertrag nicht vor. A. hat die Arbeiten nicht dem B. geleistet, sondern er hat sie im eigenen Interesse vorgenommen, um eine detaillierte Offerte zu machen. Kommt kein Vertrag zu Stande, so hat er die Kosten seiner Offerte zu tragen. Anders läge der Fall, wenn B. bei A. die Anfertigung von Zeichnungen u. s. w. in dem Sinne bestellt hätte, daß ein selbständiger auf diese Dienste gerichteter Dienstvertrag beabsichtigt war. — Zu weit geht jedoch Cosack (I § 143 unter 2), wenn er das Vorliegen eines Dienstvertrags dann leugnet, wenn der Verpflichtete „auch" im eigenen Interesse handelt, z. B bei einem Sänger, der gegen Honorar singt und hierbei den Wunsch hat, sich beim Publikum einzuführen. Danach wäre es kein Dienstvertrag, wenn ein Rechtsanwalt eine Vertheidigung, ein Schauspieler die Darstellung einer Rolle übernähme, vielleicht gegen geringes Entgelt, um sich bekannt zu machen! Solche Nebenabsichten können natürlich für das Wesen des Vertrags nicht entscheidend sein.

[8]) Insbesondere auch in Provisionen, Tantièmen u. s. w. Vgl. S. Goldmann I S. 285 unter 2. Vgl. jedoch §§ 115 ff. Gewerbe-O. über das sog. Trucksystem.

[9]) In diesem Charakter als Fiktion liegt das Schwergewicht des § 612 Abs. 1. Nach den Motiven (II S. 459) scheint es allerdings, als sei nur eine Auslegungsregel beabsichtigt, und auch Planck (Anm. 2 zu § 612) legt der Vorschrift nur diese Bedeutung bei. Dieser Annahme steht aber entscheidend die Fassung des § 612 Abs. 1 entgegen. In Folge der hier vertretenen Ansicht kann der Dienstberechtigte, wenn nach den objektiven oder subjektiven Umständen die Dienstleistung nur gegen Entgelt zu erwarten ist, nicht geltend machen, er habe diese Umstände nicht gekannt, er habe sich daher zu einer Vergütung nicht verpflichten wollen. Z. B.: A. kommt an die Theaterkasse, um sich ein Billet zu besorgen. Da der Andrang sehr groß ist und er lange warten müßte, ersucht er einen vorn stehenden Herrn, für ihn ein Billet zu nehmen. Der Herr thut dies und verlangt eine Vergütung für seinen Dienst, da er gewerbsmäßig Theaterbillets gegen Vergütung besorgt. A. muß die Vergütung selbst dann zahlen, wenn er diesen Charakter des Herrn nicht gekannt hat. Vgl. Oertmann Anm. 1 zu § 612, Neumann Anm. 2a zu § 612.

bestehende Taxe, in Ermangelung einer solchen das Uebliche entscheidend (§ 612 Abs. 2). Wenn auch hiernach die Entscheidung nicht getroffen werden kann, hat der Dienstpflichtige die Höhe nach billigem Ermessen zu bestimmen (§§ 316, 315).[10])

§ 169. Die Verpflichtungen des zur Dienstleistung Verpflichteten.

1. Der Verpflichtete hat die versprochenen Dienste zu leisten (§ 611 Abs. 1). Er hat hierbei für die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zu haften (§ 276). Hinsichtlich der Art und des Umfanges der zu leistenden Dienste sind die ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung der Parteien sowie der Grundsatz des § 242 maßgebend.[1]) Hiernach ist insbesondere anzunehmen, daß, wer sich zur Leistung von Diensten verpflichtet, welche eine besondere Sachkunde oder Kunstfertigkeit erfordern, stillschweigend die Garantie dafür übernimmt, daß er diese besonderen Eigenschaften besitzt. Nach dem Inhalte des Vertrags und dem § 242 ist auch die Frage zu entscheiden, inwieweit der Verpflichtete zu Nebenleistungen, insbesondere zur Beschaffung der erforderlichen Werkzeuge, zur Stellung von Gehülfen u. s. w. verpflichtet ist.[2])

§ 613. 2. Nach der Intention der Parteien und der Natur der zu leistenden Dienste ist es ferner zu beurtheilen, ob der Verpflichtete die Dienste in Person zu leisten hat oder sie durch einen Anderen leisten lassen kann. Das Gesetz stellt die Auslegungsregel auf, daß der Verpflichtete die Dienste in Person zu leisten hat. Dies wird, da durch den Dienstvertrag meist ein persönliches Vertrauens-Verhältniß zwischen den Parteien geschaffen werden soll, der regelmäßigen Parteiabsicht entsprechen[3]). Es braucht somit der Berechtigte die Leistung der Dienste durch einen Dritten nicht anzunehmen (vgl. § 267), und andererseits folgt aus dieser Vorschrift, daß der Verpflichtete, wenn ihm die persönliche Leistung der Dienste unmöglich wird, einen Vertreter nicht zu stellen braucht. Aber auch in dieser Beziehung werden Treu und Glauben es häufig erfordern, daß der Verpflichtete Maßnahmen trifft, um Schaden von dem Berechtigten abzuwenden. — Ist der Verpflichtete zur Bestellung eines Vertreters

---

[10]) Vgl. oben § 95 unter 3 (S. 369).

[1]) Das ALR., welches zwischen gewöhnlichen Handarbeitern einerseits und Handwerkern und Künstlern andererseits unterschied, legte den Ersteren die Verpflichtung auf, die Arbeit nach der Vorschrift des Dienstberechtigten zu verrichten, und erklärte sie, wenn sie diese Vorschrift befolgten, für frei von jeder Verantwortung für den Erfolg der Arbeit (§§ 895, 896 I 11 ALR.), während Handwerker und Künstler die Arbeit nach den Regeln ihrer Kunst verrichten und dabei für jedes Versehen haften mußten (§ 921 I 11 ALR.). Wenn das BGB. sich auch hinsichtlich der Art und Weise der Dienstleistung jeder Vorschrift enthält, so ist doch die landrechtliche Unterscheidung in der Natur der Sache begründet. Für jeden Dienstvertrag gilt, was § 59 HGB. hinsichtlich der Handlungsgehülfen bestimmt, daß, wenn über die Art und den Umfang der Dienstleistungen keine besonderen Vereinbarungen getroffen sind, die dem Ortsgebrauch entsprechenden und eventuell die den Umständen nach angemessenen Dienste zu leisten sind. Vgl. S. Goldmann Anm. 2 zu § 59 (S. 276 ff.), Staub Anm. 16 ff. zu § 59.

[2]) Vgl. M. II S. 459, Planck Anm. 3a zu § 611.

[3]) Aber auch in dem Falle, daß die Dienste in Person zu leisten sind, ist nicht ausgeschlossen, daß eine Vertretung unter besonderen Umständen zulässig ist. So hat zwar der Arzt, der Rechtsanwalt, überhaupt jeder, dem Dienste auf Grund besonderen Vertrauens übertragen werden, in Person zu leisten; man wird aber den Arzt für befugt erachten müssen, sich z. B. während der Zeit einer Erholungsreise durch einen anderen Arzt vertreten zu lassen.

nicht befugt, so hat er, falls er dennoch die Dienste durch einen Anderen leisten läßt, für seinen Vertreter schlechthin aufzukommen. Nimmt jedoch der Berechtigte die Leistung der Dienste durch den Dritten an, so wird man hierin sein Einverständniß mit der Bestellung des Vertreters erblicken müssen. Der Verpflichtete haftet dann nur ebenso wie in dem Falle, daß er befugter Weise einen Vertreter bestellt oder Gehülfen annimmt, nämlich nach Maßgabe der Vorschrift des § 278.

3. Aus den persönlichen Beziehungen, welche durch den Dienstvertrag begründet werden, ergiebt sich ferner, daß auch der Berechtigte den Anspruch auf die Dienste in der Regel nicht übertragen kann. Es ist dies eine Konsequenz der Vorschrift des § 399. Aber auch diese Bestimmung ist nur eine Auslegungsregel; die Abreden der Parteien und die Umstände können zu einem anderen Resultate führen[4]).

4. Zeit und Ort für Leistung der Dienste richten sich nach den allgemeinen Grundsätzen.

5. Die Erfüllung der dem Verpflichteten obliegenden Leistung kann der Berechtigte durch Klage und Zwangsvollstreckung erzwingen. Das preußische Recht ließ, wenn der Verpflichtete sich weigerte, die Dienste zu leisten, keine Klage auf Erfüllung zu, weil erzwungene Dienste in der Regel minderwerthig sind und für den Berechtigten kein Interesse haben. Diesem Gedanken trägt auch die CPO. Rechnung, indem sie vorschreibt (§ 888 Abs. 2), daß im Falle der Verurtheilung zur Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrage die Vorschriften über die Erzwingung von Handlungen, die durch einen Dritten nicht vorgenommen werden können, nicht zur Anwendung kommen. Der Verpflichtete kann also nicht durch Geldstrafe oder Haft zur Leistung der Dienste angehalten werden, vielmehr ist, wenn die Voraussetzungen des § 888 Abs. 1 CPO. vorliegen, nur ein Schadensersatzanspruch gegeben[5]).

§ 170. Die Verpflichtungen des Dienstberechtigten.

§ 614.

1. Die wesentlichste Verpflichtung des Dienstberechtigten besteht darin, daß er die vereinbarte Vergütung zu gewähren hat (§ 611 Abs. 1). Diese Vergütung ist in der Regel erst nach der Leistung der Dienste zu entrichten. Der zur Dienstleistung Verpflichtete hat insoweit vorzuleisten; auch einen Vorschuß kann er nur fordern, wenn es besonders vereinbart ist. Ist jedoch die Vergütung

---

[4]) Es wird hierbei entscheidend sein, ob die Person des Dienstberechtigten für den Verpflichteten von wesentlicher Bedeutung ist, ob also in der That der Fall vorliegt, daß die Leistung an einen Anderen „nicht ohne Veränderung ihres Inhalts" erfolgen kann (§ 399). Dies wird immer dann der Fall sein, wenn der Verpflichtete in die häusliche Gemeinschaft des Berechtigten aufgenommen ist (§ 617). In anderen Fällen kann die Person des Dienstberechtigten nebensächlich sein, was z. B. häufig bei Dienstverträgen mit Fabrikarbeitern u. s. w. der Fall sein wird. Vgl. über den Einfluß der Geschäftsveräußerung auf den Dienstvertrag mit Handlungsgehülfen ROHG. Bd. 18 S. 370, ferner Staub Anm. 22 zu § 70 HGB., S. Goldmann S. 339 unter d. — Ist die Uebertragung wirksam erfolgt, so bleibt, wie bei jedem gegenseitigen Vertrage, der ursprüngliche Dienstberechtigte nach Maßgabe des Vertrags verpflichtet, es sei denn, daß eine ihn befreiende Schuldübernahme vorliegt (§§ 414, 415) oder daß die Annahme geboten ist, daß das Dienstverhältniß mit dem ursprünglichen Dienstberechtigten gelöst und ein neues mit dem jetzigen Dienstberechtigten eingegangen ist. Vgl. RG. Bd. 36 S. 50 ff.

[5]) Vgl. Hahn-Mugdan Materialien Bd. 8 S. 427.

nach Zeitabschnitten bemessen (Tagelohn, Wochenlohn), so ist sie nach Ablauf der einzelnen Zeitabschnitte zu entrichten (§ 614 S. 2)[1]).

2. Aus dem Dienstvertrag erwächst für den Verpflichteten **kein klagbarer Anspruch** gegen den Dienstberechtigten auf Annahme der Dienste[2]). Nimmt der Dienstberechtigte die Dienste nicht an, so kommt er dadurch in Gläubiger-Verzug und hat die Folgen dieses Verzugs (§§ 293 ff., 615) zu tragen; dagegen wird dadurch nicht auch der Schuldner-Verzug für ihn begründet. Auch wenn der Dienstberechtigte zu gewissen Nebenleistungen, z. B. Lieferung von Materialien, Vorhalten von Werkzeugen u. s. w., verpflichtet ist, oder sonst bei der Leistung der Dienste mitzuwirken hat, kann in der Regel nicht gegen ihn auf Erfüllung dieser Verpflichtungen geklagt werden, vielmehr begründet die Nichterfüllung dieser Verpflichtungen gleichfalls nur seinen Gläubiger-Verzug.

§ 615. 3. Kommt der Berechtigte in Annahme-Verzug, so treten zunächst die allgemeinen Wirkungen dieses Verzugs ein. Diese Wirkungen bestehen aber nicht darin, daß der Schuldner durch den Verzug des Gläubigers von seiner Verpflichtung frei wird, vielmehr bleibt regelmäßig der Schuldner zur Leistung verpflichtet[3]). Hiervon weicht das Gesetz beim Dienstvertrag ab, indem es davon ausgeht, daß der Verpflichtete seiner Leistungspflicht schon dann genügt hat, wenn er seine Leistung dem Berechtigten in einer dessen Verzug begründenden Weise angeboten hat[4]). Es wäre eine Härte gegen den Verpflichteten, wenn er zu einer späteren Zeit die Dienste nachholen müßte. Er ist daher bei dem Annahmeverzuge[5]) des Gläubigers berechtigt, die Vergütung für die Dienste,

---

[1]) Vgl. die abweichende Vorschrift des § 64 HGB. Nach dieser ist das Gehalt, auch wenn es z. B. nach Quartalen bemessen ist, monatlich zu zahlen. — Wenn bei einem dauernden Dienstverhältnisse der Dienstberechtigte die Vergütung für einen Zeitabschnitt nicht gewährt, so kann dies für den Verpflichteten ein wichtiger Grund sein, um das Dienstverhältniß nach § 626 zu kündigen, wie dies das HGB. im § 71 Ziffer 2 besonders vorschreibt. Der Dienstverpflichtete braucht aber von diesem Kündigungsrechte keinen Gebrauch zu machen, er kann vielmehr das Dienstverhältniß fortsetzen, aber die fernere Leistung der Dienste nach § 273 kraft seines Zurückbehaltungsrechts verweigern. (Vgl. Oertmann Anm. 1 zu § 614, S. Goldmann S. 289 unter II). Für die Zeit, für welche er in Folge dessen keine Dienste geleistet hat, kann er in Gemäßheit der §§ 324, 615 Vergütung beanspruchen.

[2]) Anders beim Kaufe nach § 433 Abs. 2 und beim Werkvertrage nach § 640 Abs. 1. Es ist jedoch, wie bereits dargethan, auch beim Dienstvertrage nicht ausgeschlossen, daß auf Grund **besonderer Abrede** eine solche Verpflichtung für den Dienstberechtigten besteht. Vgl. oben § 168 Anm. 3.

[3]) Vgl. oben § 90 unter 1 (S. 351).

[4]) Vgl. M. II S. 461. Dort ist zur Begründung dieser Vorschrift noch treffend hervorgehoben, „daß dem Dienstvertrage regelmäßig die Eigenschaft einer Art von Fixgeschäft beiwohnt". Wenn ein Klavierlehrer seinem Schüler von 4—5 Uhr Unterricht zu geben hat, so kann man, wenn er sich um 4 Uhr zum Unterricht einfindet, den Unterricht aber nicht ertheilen kann, weil der Schüler aus irgend einem Grunde verhindert ist, nicht verlangen, daß der Lehrer die Stunde zu einer anderen Zeit nachgiebt. Auch der Umstand, daß man etwa dem Lehrer rechtzeitig von der Verhinderung Mittheilung gemacht hat, befreit nicht von der Verpflichtung zur Honorarzahlung. Auf Grund des § 615 S. 2 kann ihm jedoch z. B. das Fahrgeld abgezogen werden.

[5]) Es ist hierbei besonders zu beachten, daß der Annahme-Verzug des Gläubigers **kein Verschulden** voraussetzt, sondern eintritt, wenn der Gläubiger „die ihm angebotene Leistung nicht annimmt" (§ 293), gleichgültig, aus welchem Grunde dies geschieht (vgl. oben § 89 unter 1 (S. 347, 348). Also auch eine zufällige Verhinderung an der Annahme der Dienste begründet seinen Verzug. Kann z. B. ein Handlungsgehülfe, der zum 1. April engagiert ist, seine Stellung an diesem Tage deswegen nicht antreten, weil sein Prinzipal wegen eines von seinem Willen unabhängigen Ereignisses sein Geschäft

welche er in Folge des Verzugs nicht geleistet hat, zu verlangen, ohne daß er diese Dienste nachleisten müßte. Er muß sich jedoch anrechnen lassen, was er in Folge der Nichtleistung der Dienste erspart oder durch anderweitige Ver-

---

noch nicht eröffnen kann, so kann er dennoch sein Gehalt fordern. — Dies muß man sogar in dem Falle annehmen, daß der in der Person des Gläubigers liegende Grund zugleich eine objective Unmöglichkeit zur Annahme der Leistung der Dienste in sich schließt, denn auch in diesem Falle nimmt „der Gläubiger die ihm angebotene Leistung nicht an" (§ 293). Die Frage ist allerdings bestritten. Oertmann (Anm. 3 zu § 293) führt richtig aus, daß selbst unentschuldbare Unkenntniß, Krankheit, Tod den Gläubiger von den Verzugswirkungen nicht befreien, fügt aber hinzu, daß im Falle des Todes es anders sei, wenn mit dem Tode zugleich eine objektive Unmöglichkeit der Leistung eingetreten ist, und führt als Beispiel die Ertheilung von Unterricht an. (Aehnlich Dernburg II § 305 und II, 1b.) Aber warum soll dies im Falle der Krankheit anders sein? Man kann einem schwer kranken Menschen ebensowenig Unterricht ertheilen wie einem Todten. Und läge der Fall nicht ganz ebenso, wenn der Dienstberechtigte in anderer Weise durch Zufall oder höhere Gewalt verhindert würde, die Dienste anzunehmen, wenn z. B. der Schüler auf dem Wege zum Lehrer gewaltsam festgehalten wurde? Diese Ansicht läuft im Resultate darauf hinaus, auch beim Gläubigerverzug einen Exkulpationsbeweis zuzulassen, was aber sowohl durch die Wortfassung als auch durch die Entstehungsgeschichte des § 293 (vgl. M. II S. 68, 72) ausgeschlossen ist. Auch würde eine solche Auslegung dem § 615 sein eigentliches und wichtigstes Anwendungsgebiet rauben und, wie Oertmann Anm. 3 β zu § 615 selbst anführt, „für die arbeitenden Stände ungemein hart" sein. Nach Planck Anm. 5 zu § 616 soll es in solchen Fällen, z. B. wenn die Fabrik, für welche der Arbeiter angenommen ist, abbrennt, darauf ankommen, wie man den Inhalt des Vertrags auffaßt, ob man nämlich annimmt, daß der Dienstpflichtige nur seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen hat oder ob er von vornherein nur Arbeit in einem besonderen Fache, nämlich an bestimmten Maschinen usw. versprochen hat. Im ersteren Falle müßte man, wenn z. B. die Maschinen kasuell zerstört oder beschädigt sind, einen Annahmeverzug des Gläubigers, im anderen eine objektive Unmöglichkeit der Leistung annehmen, bei welcher die Anwendung des § 615 ausgeschlossen sei; diese letztere Auslegung des Vertrags soll nach Planck regelmäßig „der Auffassung des Lebens entsprechen". Diese Unterscheidung scheint jedoch für die Frage, ob ein Gläubigerverzug vorliegt — für welchen der Grund der Nichtannahme der Dienste gleichgültig ist — nicht erheblich. Wenn ein Malermeister Malerarbeiten an einem Hause auszuführen übernommen hat und seinerseits zur Leistung der Dienste bereit und im Stande ist, so kommt der Gläubiger auch dann in Annahmeverzug, wenn er die Malerarbeiten deswegen nicht annehmen kann, weil das Haus abgebrannt ist. A. M. Staub, Anm. 8 zu § 63 HGB., der Unmöglichkeit der Erfüllung und Fortfall des Vergütungsanspruchs schon dann annimmt, wenn kein Theil schuld ist. Dies widerspricht offenbar dem Begriffe des Annahmeverzugs im BGB. — Aus der Entstehungsgeschichte des § 615 ergiebt sich, daß man für den Dienstvertrag dasselbe Prinzip hat aussprechen wollen, wie es im § 552 für die Miethe ausgesprochen ist, und daß man an den Annahmeverzug nur deswegen angeknüpft hat, weil dies zu demselben Resultate führt und einfacher und verständlicher ist (M. II S. 461—463). Hiernach muß man annehmen, daß § 615 immer dann zur Anwendung kommt, wenn der Berechtigte aus einem in seiner Person liegenden Grunde die Dienste nicht annimmt. Nur diese Auslegung führt zu einem befriedigenden Resultate, welches die wohlthätige Absicht des Gesetzes aufrecht erhält. Das Gegengewicht liegt in dem Rechte des Berechtigten, in den geeigneten Fällen das Dienstverhältniß auf Grund des § 626 zu kündigen. Eine andere Annahme ist nur in dem Falle gerechtfertigt, wenn die objektive Unmöglichkeit von der Beschaffenheit ist, daß sie auch dem Verpflichteten das Anbieten der Dienste unmöglich macht. Man gelangt nämlich zu einem richtigen Resultate hinsichtlich des Einflusses der Unmöglichkeit der Leistung auf den Vergütungsanspruch des Dienstverpflichteten nur dann, wenn man sich vergegenwärtigt, daß die Leistung, d. h. die bewirkte vollendete Leistung, sich aus zwei Theilen zusammensetzt, dem Anbieten und dem Annehmen der Leistung. Diese beiden Elemente werden vom BGB. deutlich unterschieden und zwar insbesondere im § 293. Der Annahmeverzug setzt das Angebot der Leistung voraus. Hat der Schuldner nicht angeboten, gleichgültig aus welchen Gründen, so kommt der Gläubiger nicht in Verzug. Hat der Schuldner angeboten und nimmt der Gläubiger nicht an, gleichgültig aus welchem Grunde, so kommt er in Verzug. Ein Zufall, der das Angebot unmöglich macht, trifft den Schuldner, ein Zufall, der die Annahme un-

wendung derselben Dienste, die er zu leisten hatte, erworben oder zu erwerben böswillig unterlassen hat (§ 615)[6].

4. Nach dem Vorbilde der für die Handlungsgehülfen geltenden Vorschriften (Art. 60 des früheren, § 63 des jetzigen HGB.)[7]) und in Abweichung von den Grundsätzen des § 323[8]) giebt das Gesetz aus Gründen der Billigkeit dem Dienstverpflichteten einen Anspruch auf Vergütung selbst dann, wenn ihm die Leistung der Dienste aus einem in seiner Person[9]) liegenden Grunde unmöglich wird, z. B. wenn er oder auch einer seiner nahen Angehörigen erkrankt, er zu einer militärischen Dienstleistung einberufen wird, einen gerichtlichen Termin wahrzunehmen hat. Jedoch darf die Behinderung nur eine verhältnißmäßig nicht erhebliche Zeit dauern[10]) und nicht auf einem Verschulden des Verpflichteten beruhen, wofür ihn die Beweislast trifft. Die Vorschrift gilt für sämmtliche Dienstverträge, auch wenn sie kein dauerndes Dienstverhältniß begründen[11]), und auch, wenn die Vergütung nicht nach Zeitabschnitten bemessen

---

möglich macht, trifft den Gläubiger. Liegt Ersteres vor, so muß § 615 außer Anwendung bleiben. Denn der Berechtigte kommt nicht in Annahmeverzug, weil ihm die Leistung nicht angeboten werden kann. Das ist z. B. der Fall, wenn die Leistung der Dienste durch Gesetz verboten wird. Hierauf beruht die Entscheidung des RG. Bd. 3 S. 179 ff.

[6]) Zu dieser mit § 324 Abs. 1 S. 2 übereinstimmenden Vorschrift vgl. die Beispiele oben § 97 Anm. 10.

[7]) § 616 BGB. und § 63 HGB. unterscheiden sich in folgenden Punkten: § 616 kommt bei jeder unverschuldeten Verhinderung des Dienstverpflichteten zur Anwendung, während § 63 HGB. voraussetzt, daß der Hinderungsgrund sich als ein „Unglück" (vgl. hierüber Staub, Anm. 1 zu § 63, S. Goldmann I, S. 312 unter b) darstellt; dagegen darf die Verhinderung nach dem BGB. nur eine verhältnißmäßig nicht erhebliche Zeit dauern, während nach dem HGB. die Verhinderung auch eine langdauernde sein kann, die Vergütung jedoch höchstens für sechs Wochen gewährt wird; endlich ist bei dem Handlungsgehülfen die Anrechnung der ihm aus Kranken- oder Unfallversicherung zukommenden Beträge ausgeschlossen. Kann der Handlungsgehülfe sich auf § 63 HGB. nicht berufen, weil der Hinderungsgrund nicht als ein Unglück im Sinne des Gesetzes anzusehen ist, so steht ihm § 616 zur Seite.

[8]) Nach § 323 würde im Falle des § 616 eine theilweise von keinem Theile zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung vorliegen, in Folge deren eine Minderung der Gegenleistung einzutreten hätte.

[9]) Nur Gründe, welche sich in der Person des Dienstpflichtigen ereignen, sind nach § 616 zu beurtheilen. Eine analoge Anwendung auf Umstände, die außerhalb der Person des Dienstpflichtigen liegen, erscheint bei dem positiven Charakter der Vorschrift unzulässig. (Vgl. Planck Anm. 5 zu § 616. A. M. Dernburg II § 305 unter III, Oertmann Anm. 16 zu § 616). Handelt es sich um einen Umstand, der außerhalb der Person des Dienstpflichtigen liegt und den auch der Dienstberechtigte nicht zu vertreten hat, so liegt ein Zufall vor, dessen Wirkung nach den Ausführungen in Anm. 5 zu beurtheilen ist. Macht der Zufall das Angebot der Leistung unmöglich, so hat der Dienstpflichtige keinen Anspruch auf Vergütung; macht der Zufall nur die Annahme unmöglich, so liegt der Fall des § 615 vor. In dem von Dernburg a. a. O. angeführten Beispiele, daß Landestrauer zur Einstellung der Theatervorstellung zwingt, kann der Schauspieler eine Vergütung nicht verlangen, da eine verbotene Leistung nicht angeboten werden kann.

[10]) Ist die Dauer der Verhinderung eine verhältnißmäßig erhebliche, so fällt für diese ganze Zeit der Anspruch auf Vergütung fort. Das Dienstverhältniß an sich bleibt bestehen. Jedoch kann unter Umständen diese Verhinderung ein wichtiger Grund zur Kündigung sein (§ 626).

[11]) Der E. I § 562 gab die Vorschrift nur für „dauernde, die Erwerbsthätigkeit des Dienstverpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nehmende Dienstverhältnisse". Die zweite Kommission (Pr. II S. 280) hat dieses Erforderniß gestrichen, dafür aber das Wort „verhältnißmäßig" vor „nicht erhebliche Zeit" eingeschoben, d. h. die Vorschrift gilt zwar bei jedem Dienstverhältnisse, die Zeit der Verhinderung muß aber im Verhältnisse zu der vertragsmäßigen Dauer eine unerhebliche sein. Ein Musiklehrer, der wegen eines gerichtlichen Termins von einer Musikstunde eine halbe Stunde versäumt, kann sich

ist [12]). Auf die Vergütung für die Zeit der Verhinderung muß sich der Verpflichtete diejenigen Beträge anrechnen lassen, welche er aus einer Kranken- oder Unfallversicherung erhält [13]), jedoch nur dann, wenn eine solche Versicherung auf Grund einer gesetzlichen Verpflichtung besteht. (§ 616) [14]). Die Vorschriften des § 616 sind nur dispositive; entgegenstehende Vereinbarungen, sowohl in Betreff des Anspruchs auf Vergütung als in Betreff der Anrechnungsfähigkeit anderer dem Dienstpflichtigen zufallenden Beträge sind statthaft [15]).

5. Bei gewissen Dienstverhältnissen legt das Gesetz dem Dienstberechtigten eine besondere Pflicht der Fürsorge für den Dienstpflichtigen auf. Ist nämlich der Dienstpflichtige in die Hausgemeinschaft des Dienstberechtigten aufgenommen worden, so ist er dadurch gewissermaßen ein Mitglied seiner Familie geworden, und dieses familienähnliche Verhältniß verpflichtet den Dienstberechtigten, im Falle der Erkrankung des Dienstpflichtigen auf eigene Kosten für dessen Verpflegung und ärztliche Behandlung zu sorgen [16]). § 617.

a) Die wesentliche Voraussetzung des Anspruchs des Dienstpflichtigen ist, daß er in die häusliche Gemeinschaft des Dienstberechtigten aufgenommen ist [17]), und zwar genügt es nicht, wenn er in Folge seiner Beschäftigung nur vorübergehend bei dem Dienstberechtigten Verpflegung und Wohnung erhält, vielmehr muß die Aufnahme in die Hausgemeinschaft auf Grund eines dauernden Dienstverhältnisses erfolgt sein. Als dauernd ist ein jedes Dienstverhältniß an-

---

auf § 616 nicht berufen, denn eine halbe Stunde ist im Verhältnisse zur ganzen erheblich. Einem dauernd angestellten Handlungsgehülfen, der für drei Tage zum Dienste als Schöffe einberufen wird, kommt dagegen § 616 zu Gute.

[12]) Die zweite Kommission beschränkte die Vorschrift auf den Fall, daß die Vergütung nach Zeitabschnitten bestimmt ist; „soweit sie als Stücklohn bestimmt sei (z. B. das Spielhonorar eines Schauspielers), trage der Dienstverpflichtete auch die Gefahr verhältnißmäßig geringfügiger Verhinderungen“ (Pr. II S. 280). Diese Beschränkung hat der Reichstag beseitigt. Vgl. KB. zu § 609. Im Falle eines Stücklohns wird somit festzustellen sein, wieviel der Verpflichtete während der Zeit der Verhinderung verdient hätte. Vgl. Planck Anm. 2a zu § 616. A. M. Dernburg II § 305 unter III b.

[13]) Alle anderen Entschädigungen, welche der Dienstverpflichtete erhält, z. B. Löhnung bei einer militärischen Dienstleistung, Zeugen-, Sachverständigen-Gebühren, behält er neben der Vergütung. A. M. Dernburg II § 305 unter III d. Andererseits hat aber der § 616 zur Folge, daß, wenn der Dienstpflichtige auf Grund besonderer Vorschriften von anderen Personen Ersatz des entgangenen Arbeitsverdienstes verlangen könnte, ihm dieser Anspruch insoweit nicht zusteht, als er auf Grund des § 616 die Vergütung fordern kann. Dies ist besonders bei Zeugen der Fall, deren Entschädigung nach § 2 Abs. 2 der Gebühren-Ordnung für Zeugen u. s. w. „unter Berücksichtigung des von dem Zeugen versäumten Erwerbes“ zu bemessen ist.

[14]) Vgl. hierzu Prot. II S. 282, 283, KB. zu § 609, Planck Anm. 3 zu § 616, Neumann Anm. 5 zu § 616. Beträge, welche der Verpflichtete auf Grund freiwilliger Versicherungen oder aus Unterstützungskassen u. s. w. erhält, sind nicht anrechnungsfähig (vgl. jedoch die folgende Anm.).

[15]) Vgl. Planck Anm. 4 zu § 616. Wenn der Dienstberechtigte in dem Falle, daß eine Versicherungspflicht nicht vorliegt, den Dienstverpflichteten freiwillig und auf seine Kosten gegen Krankheit und Unfälle versichert hat, so wird anzunehmen sein, daß stillschweigend eine Vereinbarung dahin getroffen ist, daß die Beträge, welche der Dienstverpflichtete aus dieser Versicherung erhält, auf die Vergütung des § 616 angerechnet werden sollen. Vgl. auch Staub 6. Aufl. Anm. 6 zu § 63 HGB.

[16]) Vgl. Prot. II S. 284–289.

[17]) Zur Aufnahme in die Hausgemeinschaft des Dienstherrn wird regelmäßig gehören, daß der Dienstpflichtige in der Hauswirthschaft des Berechtigten Wohnung, Schlafstelle und Verpflegung erhält. Vgl. § 618 Abs. 2. Jedoch wird der Begriff der häuslichen Gemeinschaft nicht nothwendig dadurch ausgeschlossen, daß das eine oder andere fehlt.

zusehen, bei welchem sich nicht von vornherein, sei es aus der Bestimmung seiner Dauer (z. B. daraus, daß es auf eine besonders kurz bemessene Zeit, auf einige Tage, eine Woche, zur Aushülfe, oder auf unbestimmte Zeit derart eingegangen ist, daß es mit besonders kurzen Fristen gelöst werden kann), sei es aus der Natur der Dienste (z. B. den Diensten einer Pflegerin während der Dauer einer Krankheit) ergiebt, daß es nur als ein vorübergehendes begründet werden sollte [18]). Endlich ist noch erforderlich, daß das Dienstverhältniß die Erwerbsthätigkeit des Verpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt, ein Erforderniß, welches bei einem in die Hausgemeinschaft des Dienstherrn aufgenommenen Dienstverpflichteten selten fehlen wird [19]).

b) Der Anspruch des Dienstverpflichteten geht dahin, daß im Falle seiner Erkrankung [20]) der Dienstberechtigte ihm die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung zu gewähren hat. Der Verpflichtete muß sich jedoch gefallen lassen, daß ihm diese Verpflegung und Behandlung durch Aufnahme in eine Krankenanstalt [21]) gewährt werden, und es steht ihm ein Anspruch gegen den Dienstberechtigten überhaupt nicht zu, wenn für die Verpflegung und ärztliche Behandlung durch irgend eine Versicherung — mag sie auf gesetzlichem Zwange beruhen oder eine freiwillige sein, mag der Dienstberechtigte oder der Dienstverpflichtete sie eingegangen sein — oder durch die öffentliche Krankenpflege Vorsorge getroffen ist.

c) Die Verpflichtung des Dienstberechtigten ist auf eine Dauer von sechs Wochen beschränkt, selbst wenn das Dienstverhältniß über diese Zeit hinaus fortbesteht. Andererseits erstreckt die Verpflichtung sich auf die Dauer von sechs Wochen nur dann, wenn auch das Dienstverhältniß mindestens so lange dauert.

---

[18]) Vgl. Oertmann Anm. 2a zu § 617. Der Begriff des dauernden Dienstverhältnisses fand sich auch im § 54 Nr. 1 der früheren RKO. und im § 26 der preuß. Subh.-Ordn. vom 13. Juli 1883. Vgl. hierzu RG. Bd. 27 S. 223 ff. und Bd. 38 S. 113 ff. Wenn Planck (Anm. 4a zu § 617) bemerkt, daß nach den in Deutschland bestehenden Gewohnheiten meistens ein dauerndes Dienstverhältniß anzunehmen sein wird, wenn der Dienstpflichtige in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen wird, so kann dem nicht beigestimmt werden. Es würden hiernach die beiden vom Gesetz aufgestellten Erfordernisse in eins zusammenfallen. Durch das besondere Erforderniß des dauernden Dienstverhältnisses ist der Anspruch des § 617 z. B. einer Schneiderin, einer Waschfrau versagt, welche zur Verrichtung ihrer Arbeiten auf einige Tage in das Haus des Arbeitgebers kommt, daselbst Verpflegung erhält und auch schläft. Unzutreffend erscheint auch die Ansicht von Fischer-Henle (Anm. 2 zu § 617), daß ein dauerndes Dienstverhältniß vorliege, wenn nicht täglich oder wöchentlich oder sonst kurz gegriffen der Lohn gezahlt wird. Dann würden Diener, bei denen es nicht selten vorkommt, daß sie ihren Lohn wöchentlich erhalten, nur aus diesem Grunde nicht unter § 617 fallen! Uebrigens scheint diese Ansicht von Fischer-Henle auf einer mißverständlichen Auffassung der Entsch. des RG. Bd. 27 S. 223 ff. zu beruhen, in welcher Gewicht darauf gelegt wird, daß das Dienstverhältniß nicht „durch tägliche oder wöchentliche oder sonst kurz gegriffene Lohnzahlungen gelöst werden kann".

[19]) Der Anspuch des § 617 steht z. B. einem an einer Schule angestellten Lehrer nicht zu, der außerdem eine Stellung als Hauslehrer mit Wohnung und Beköstigung bei dem Dienstberechtigten angenommen hat.

[20]) Daraus, daß das Gesetz eine „Erkrankung" des Dienstpflichtigen verlangt, ist zu folgern, daß § 617 nicht zur Anwendung kommt, wenn die Krankheit schon zur Zeit der Eingehung des Dienstverhältnisses bestand. (Vgl. Planck Anm. 4d zu § 617, Oertmann Anm. 3 zu § 617). Der § 617 setzt aber nichts weiter voraus, als daß der Dienstpflichtige während der Dauer des Dienstverhältnisses erkrankt, krank wird. Ob der Keim zur Krankheit oder eine besondere Disposition zu derartigen Krankheiten schon vorher vorlag, ist für die Anwendung des § 617 unerheblich. (Vgl. Cosack I § 144 unter III, 3 S. 510).

[21]) Die Krankenanstalt muß nicht eine öffentliche sein. Es genügt die Aufnahme in eine Privatanstalt, wenn in ihr nur dem Dienstpflichtigen die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung zu Theil wird.

Endigt das Dienstverhältniß früher, so fällt auch der Anspruch des Dienstverpflichteten fort. Eine Ausnahme besteht jedoch für den Fall, daß der Dienstberechtigte gerade wegen dieser Erkrankung das Dienstverhältniß kündigt. Wenn auch diese Kündigung sich als eine berechtigte herausstellt, weil die Erkrankung als ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 anzusehen war, so hat der Berechtigte dennoch für die Dauer von sechs Wochen Verpflegung und ärztliche Behandlung zu gewähren.

d) Wodurch die Erkrankung herbeigeführt worden ist, ist im Allgemeinen gleichgültig. Der Anspruch ist nicht davon abhängig, daß die Erkrankung durch die Leistung der Dienste entstanden ist oder auch nur mit den Diensten im Zusammenhange steht.[22]) Der Anspruch des Dienstverpflichteten kommt jedoch in Wegfall, wenn er die Erkrankung durch Vorsatz oder grobes Verschulden herbeigeführt hat.[23])

e) Ob der Dienstverpflichtete außerdem Anspruch auf Vergütung hat, hängt davon ab, ob er durch die Erkrankung an der Dienstleistung verhindert wird und ob diese Verhinderung eine erhebliche Zeit dauert. Wird er entweder gar nicht oder nur eine verhältnißmäßig nicht erhebliche Zeit an der Dienstleistung verhindert, so steht ihm neben dem Anspruch auf Verpflegung und ärztliche Behandlung auch noch der Anspruch auf die Vergütung zu (§ 616). Der Dienstberechtigte kann jedoch die Kosten der Verpflegung und ärztlichen Behandlung auf diejenige Vergütung anrechnen, welche er für die Zeit der Erkrankung zu entrichten hat.[24]) Abgesehen hiervon steht ihm irgend ein Anspruch auf Ersatz der aufgewendeten Kosten nicht zu.

---

[22]) Selbstverständlich ist, daß, wenn ein Verschulden des Dienstberechtigten vorliegt, dem Dienstpflichtigen weitergehende Ansprüche aus der unerlaubten Handlung zustehen können. Zu bemerken ist noch, daß § 617 zwar auch auf das Gesinderecht zur Anwendung kommt, daß aber landesrechtliche Bestimmungen, welche dem Gesinde weitergehende Ansprüche gewähren, aufrecht erhalten sind. (EG. Art. 95 Abs. 2.) Solche weitergehende Ansprüche enthalten zum Theil die §§ 86—96 der preuß. Gesinde-Ord. Vgl. hierzu Gerhard, die geltenden preuß. Gesindeordnungen Bd. I S. 110 ff.

[23]) Die Beweislast für diesen Befreiungsgrund trifft den Dienstberechtigten. Der Ansicht Plancks (Anm. 4c zu § 617), daß, wenn sich der Dienstpflichtige durch außerehelichen Geschlechtsverkehr eine Erkrankung zugezogen hat, immer ein die Anwendung des § 617 ausschließendes Verschulden anzunehmen sein wird, kann in dieser Allgemeinheit nicht beigestimmt werden. Es ist zu beachten, daß § 617 ein grobes Verschulden verlangt, während der Anspruch aus § 616 (und § 63 HGB.) bei jedem Verschulden in Wegfall kommt. Wenn z. B. ein anständiger und unbescholtener weiblicher Dienstbote sich, vielleicht nach langem Sträuben, von seinem Verlobten zum außerehelichen Geschlechtsverkehre verleiten läßt und sich hierbei eine Geschlechtskrankheit zuzieht, so wird man hierin umso weniger ein grobes Verschulden erblicken können, als der Geschlechtsverkehr zwischen Verlobten nach gewissen lokalen Gewohnheiten in manchen Schichten der Bevölkerung gar nicht so selten ist und nicht als ein grober Verstoß gegen die Sittlichkeit angesehen wird.

[24]) Auf keine andere Weise als durch diese Anrechnung darf sich der Dienstberechtigte wegen der Kosten befriedigen. Hat er z. B. die Vergütung für einen Monat im Voraus bezahlt und erkrankt dann der Dienstbote innerhalb dieses Monats 3 Tage, so kann nicht etwa der Dienstberechtigte wegen der Kosten, die er zur Verpflegung und ärztlichen Behandlung hat aufwenden müssen, die Vergütung für diese drei Tage zurückfordern. Ferner ist zu beachten, daß die Kosten nur angerechnet werden können auf die Vergütung, welche für die Zeit der Erkrankung geschuldet wird. Ist z. B. dem Dienstpflichtigen etwas ins Auge geflogen, so daß er die Hülfe des Arztes in Anspruch nehmen muß, so kann der Dienstberechtigte nicht das ganze Honorar, das er dem Arzte hat zahlen müssen, vom Lohne in Abzug bringen, vielmehr könnte das Honorar nur angerechnet werden auf den Lohn, der für die kurze Zeit entfällt, während welcher der Dienstpflichtige an der Leistung der Dienste verhindert war.

§ 619. f) Die im sozialpolitischen Interesse gegebene Vorschrift des § 617 ist zwingenden Rechtes. Eine im voraus[25]) getroffene Vereinbarung, durch welche diese Verpflichtung des Dienstberechtigten aufgehoben oder beschränkt wird, ist nichtig.

§ 618. 6. Die Gewerbeordnung enthält in den §§ 120 und 120a Vorschriften, welche den Gewerbeunternehmern die Verpflichtung auferlegen, ihre Arbeiter gegen Gefahr für Leben und Gesundheit zu schützen. Diese Verpflichtungen sind durch das BGB. auf sämmtliche Dienstverhältnisse ausgedehnt worden[26]).

a) Liegt dem Dienstberechtigten nach dem Inhalte des Vertrags die Verpflichtung ob[27]), zur Verrichtung der Dienste Räume[28]), Vorrichtungen oder Geräthschaften zu beschaffen, so muß er diese so einrichten, daß der Dienstpflichtige gegen Gefahr für Leben und Gesundheit geschützt ist[29]). In diesem Zustande muß er die Räume, Vorrichtungen und Geräthschaften während der ganzen Dauer des Vertragsverhältnisses unterhalten. Hat ferner nach dem Inhalte des Vertrags der Dienstberechtigte die Dienste anzuordnen oder zu leiten, so muß er gleichfalls die Dienstleistungen so regeln, daß dem Verpflichteten Schutz gegen Gefahr für Leben und Gesundheit gewährt ist.

b) Die Verpflichtung des Dienstberechtigten ist jedoch keine absolute, sie besteht vielmehr nur soweit, als die Natur der Dienstleistung es gestattet. Der Dienstberechtigte ist zwar verpflichtet, alle diejenigen Vorkehrungsmaßregeln zu treffen, die geeignet sind, dem Verpflichteten den erforderlichen Schutz zu gewähren. Gewisse Dienstleistungen sind jedoch ihrer Natur nach mit Gefahren für den Dienstpflichtigen verbunden, eine völlige Vermeidung der Gefahren ist, wenn die Dienste geleistet werden sollen, nicht möglich. Solche Gefahren übernimmt der Dienstpflichtige, indem er sich zur Leistung der Dienste verpflichtet;

---

[25]) Die Verpflichtung des Dienstberechtigten besteht darin, während der ganzen Dauer der Erkrankung, jedoch höchstens sechs Wochen lang, dem Verpflichteten Verpflegung und ärztliche Behandlung zu gewähren. Demgemäß ist jede Vereinbarung, die vor dem Ablaufe dieser Dauer der Verpflichtung getroffen ist, im Voraus getroffen. Vgl. S. Goldmann Anm. 4 III, zu § 62 HGB. (S. 311). Vereinbart z. B. der Dienstberechtigte mit dem erkrankten Dienstpflichtigen, dieser solle selbst für seine Verpflegung sorgen, er werde ihm während der Dauer der Krankheit 2 Mark täglich zahlen, so ist diese Vereinbarung für den Dienstberechtigten bindend, wenn die Kosten auch weniger betragen, dagegen kann der Dienstpflichtige, wenn die Kosten höhere sind, das Mehr verlangen.

[26]) Vgl. die entsprechende Vorschrift des § 62 HGB.

[27]) Es braucht natürlich eine besondere Abrede in dieser Beziehung nicht getroffen zu sein, die Verkehrssitte wird in der Regel maßgebend sein. — Stellt der Berechtigte freiwillig Geräthschaften, zu deren Beschaffung er nicht verpflichtet ist, so kommt zwar § 618 nicht zur Anwendung, es kann aber eine Schadensersatzpflicht nach § 823 begründet sein. (Vgl. Planck Anm. 3b zu § 618.) Da auch § 618 ein Verschulden voraussetzt (s. unten Anm. 32, 33), so wird der Unterschied im Wesentlichen nur darin bestehen, daß die Beweislast hinsichtlich des Verschuldens eine verschiedene ist. Kommt § 823 zur Anwendung, so muß der Dienstpflichtige das Verschulden beweisen, während bei Anwendung des § 618 der Dienstberechtigte sich exkulpieren muß. Ferner wird aber zu beachten sein, ob nicht darin, daß der Berechtigte Geräthschaften stellt, ohne daß die Verkehrssitte es verlangt, und der Verpflichtete sie annimmt, eine Vereinbarung zu finden ist, daß der Berechtigte die Geräthschaften zu *beschaffen* hat.

[28]) Hierzu gehören auch die Höfe, Treppen, Gänge usw., welche der Dienstpflichtige zum Zwecke seiner Dienstverrichtungen betreten muß. Vgl. S. Goldmann S. 304 unter a, Staub Anm. 1 zu § 62 HGB. ferner RG. Bd. 18 S. 173 ff., s. jedoch auch RG. in DJZ. 1902 S. 369.

[29]) Als Beispiele sind vor allen die detaillierten Vorschriften in Abs. 2 und 3 des § 120a der Gew. O. zu erwähnen: es ist für genügendes Licht, für ausreichenden Luftraum und Luftwechsel, Beseitigung von Staub, Dünsten, Gasen zu sorgen usw. Vgl. ferner RG. Bd. 5 S. 101, Bd. 11 S. 23 ff. (Beschaffung von Schutzbrillen).

solche Gefahren abzuwenden und für ihre Folgen zu haften, ist der Dienstberechtigte nicht verpflichtet. Andererseits kann der Dienstberechtigte sich nicht schlechthin darauf berufen, daß er diejenigen Vorkehrungen getroffen hat, welche bei derartigen Dienstleistungen üblich sind. Bleibt das Uebliche hinter dem, was nach der Natur der Dienstleistungen und den Erfordernissen eines ordnungsmäßigen Verkehrs zum Schutze des Verpflichteten geschehen kann, zurück, so ist dies eine Verkehrssitte, die gegen das Gesetz verstößt und die daher nicht aufrecht erhalten werden soll [30]).

c) Bei Dienstpflichtigen, welche in die häusliche Gemeinschaft des Dienstberechtigten aufgenommen sind, ist dessen Fürsorgepflicht dahin erweitert, daß er in Ansehung des Wohn- und Schlafraums, der Verpflegung und der Arbeits- und Erholungszeit diejenigen Einrichtungen und Anordnungen treffen muß, welche mit Rücksicht auf die Gesundheit, die Sittlichkeit und die Religion des Verpflichteten erforderlich sind [31]).

d) Die dem Dienstberechtigten im § 618 auferlegten Verpflichtungen beruhen auf dem Dienstvertrage. Erfüllt der Dienstberechtigte diese Verpflichtungen nicht, so ist er wegen Verletzung von Vertragspflichten schadensersatzpflichtig. Diese Schadensersatzpflicht setzt somit ein Verschulden des Dienstberechtigten voraus, jedoch hat nicht der Dienstpflichtige das Vorliegen dieses Verschuldens zu beweisen, [32]) vielmehr ist es Sache des Dienstberechtigten, darzuthun, daß er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt angewendet hat. [33]) Ist der Dienstberechtigte wegen einer Verletzung des Lebens oder der Gesundheit des Dienstpflichtigen zum Schadensersatze verpflichtet, so richtet sich der Umfang des Schadensersatzes nach den Vorschriften, die in dieser Beziehung für die unerlaubten Handlungen gelten (§§ 842—846). Erfüllt der Dienstberechtigte die Verpflichtungen nicht, die

---

[30]) Vgl. Prot. II S. 289 ff., ferner RG. Bd. 12 S. 130, RG. Bd. 19 S. 189 ff. („der Betriebsunternehmer haftet nicht, wenn er unter Bethätigung der erforderlichen Sorgfalt und Sachkunde diejenigen Einrichtungen und Schutzvorrichtungen getroffen hat, welche nach vernünftigem Ermessen geeignet sind, die mit der betreffenden Arbeit für die Arbeiter verbundenen Gefahren thunlichst zu beseitigen"). Hiermit übereinstimmend Prot. VI S. 187, 188. Der Dienstberechtigte erfüllt seine Pflichten, wenn er die Sorgfalt anwendet, die im Verkehr erforderlich ist (§ 276). Die Anwendung der im Verkehr üblichen Sorgfalt genügt nicht, wenn das Uebliche hinter dem Erforderlichen zurückbleibt.

[31]) Vgl. KB. zu § 610 E. III. Beispiele für die hiernach erforderlichen Einrichtungen enthalten Abs. 2—4 des § 120a der Gewerbe-O.

[32]) Neben der Vorschrift des § 618 kommen die Bestimmungen über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen zur Anwendung, auf welche der Dienstpflichtige sich berufen kann, wenn ihm die Vorschrift des § 618 nicht zur Seite steht. Vgl. oben Anm. 27. Ferner kann z. B. ein Dienstpflichtiger, der durch ein Thier, das der Dienstberechtigte hält, verletzt wird, auf Grund des § 833 Schadensersatz verlangen, wenn der Dienstberechtigte auch alle erforderlichen Vorkehrungen getroffen hat. Vgl. RG. in Gruchot Bd. 46 S. 642 ff. Nimmt der Dienstpflichtige den Berechtigten aus der unerlaubten Handlung in Anspruch, so trifft ihn die Beweislast dafür, daß die Voraussetzungen vorliegen. Ferner verjährt der Anspruch in drei Jahren (§ 852), während die Ansprüche aus § 618 der ordentlichen Verjährung unterliegen. Vgl. Oertmann Anm. 4a zu § 618.

[33]) Nicht alle Vorkehrungen, die abstrakt denkbar sind, muß der Dienstberechtigte treffen, wenn auch die Natur der Dienstleistung sie gestattet. Da ihm der Exkulpationsbeweis offen steht, so befreit er sich von der Schadensersatzpflicht, wenn er beweist, daß ein Verschulden ihn oder seine Hülfspersonen (§ 278) nicht trifft. Liegt ein Verschulden des Dienstpflichtigen vor, so kommt § 254 zur Anwendung. Ein solches konkurrierendes Verschulden wird z. B. dann vorliegen, wenn der Dienstpflichtige es schuldhaft unterläßt, den Berechtigten darauf aufmerksam zu machen, daß Vorkehrungen in Gemäßheit des § 618 erforderlich sind. Vgl. Prot. II S. 291.

ihm in Ansehung der Sittlichkeit und der Religion des Verpflichteten obliegen, so ist ein Anspruch auf Entschädigung in Geld nicht gegeben (§ 253).[34]

e) Auch die Vorschrift des § 618 ist zwingenden Rechtes (§ 619).[35]

§ 171. Die Endigung des Dienstverhältnisses[1].

I. Die ordentliche Beendigung.

§ 620. 1. Ist das Dienstverhältniß auf eine bestimmte Zeit eingegangen, so endigt es mit dem Ablaufe der Zeit von selbst, ohne daß eine Kündigung erforderlich ist. Auf eine bestimmte Zeit ist das Dienstverhältniß nicht nur dann eingegangen, wenn das Ende kalendermäßig festgesetzt ist, sondern auch, wenn die Dauer des Dienstverhältnisses aus der Beschaffenheit[2]) oder dem Zwecke der Dienste sich ergiebt.

§ 621. 2. Ist die Dauer des Dienstverhältnisses nicht bestimmt, so ist zur Beendigung eine Kündigung[3]) erforderlich, welche beiden Theilen zusteht und in der Regel für einen bestimmten Zeitpunkt unter Einhaltung einer bestimmten Frist erfolgen muß. Die Kündigungsfristen sind verschieden, je nach dem Zeitraume, nach welchem die Vergütung bemessen ist. Ist sie nach Tagen bemessen, so kann die Kündigung an jedem Tage für den folgenden Tag erfolgen[4]). Ist sie nach Wochen bemessen, so ist die Kündigung nur zum Ablaufe des Sonnabends zulässig und muß spätestens am ersten Werktage der Woche erfolgen, d. h. am Montage, wenn dieser nicht ein Feiertag ist. Ist die Vergütung nach Monaten bemessen, so ist die Kündigung nur für den Schluß eines Kalendermonats zulässig; sie muß spätestens am 15. des Monats oder, wenn der fünfzehnte ein Sonn- oder Feiertag ist, am folgenden Werktag erfolgen[5]). Ist endlich die Vergütung nach Vierteljahren oder längeren Zeitabschnitten bemessen, so kann die

---

[34]) Vgl. S. Goldmann S. 307 unter 2. Jedoch wird in solchen Fällen, wie überhaupt bei Verletzung der dem Dienstberechtigten nach § 618 obliegenden Verpflichtungen, unter Umständen für den Dienstpflichtigen ein wichtiger Grund zur Kündigung (§ 626) vorliegen.

[35]) Vgl. oben Anm. 25, ferner KB. zu § 610 E. III.

[1]) Zu den hier behandelten Fällen der Endigung des Dienstverhältnisses tritt noch die Aufhebung durch den Rücktritt vom Vertrage wegen Unmöglichkeit (§ 325) und wegen Verzugs (§ 326) hinzu. Der Tod des Dienstpflichtigen hat, der Vorschrift des § 613 Abs. 1 entsprechend, in der Regel die Beendigung des Dienstverhältnisses zur Folge, während der Tod des Berechtigten ohne Einfluß ist, es sei denn, daß das Gegentheil ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart ist. Eine solche stillschweigende Vereinbarung wird z. B. anzunehmen sein, wenn ein Krankenwärter zur Pflege eines Kranken angenommen wird und dieser stirbt. Vgl. Oertmann Anm. 3 zu § 620. Häufig wird der Tod dessen, dem die Dienste zu leisten sind, ein wichtiger Grund zur Kündigung (§ 626) sein. Ueber das Kündigungsrecht im Falle des Konkurses des Dienstberechtigten vgl. § 22 KO., über das Kündigungsrecht des Ehemanns vgl. § 1358.

[2]) Die Worte: „aus der Beschaffenheit" der Dienste sind von dem Reichstage hinzugefügt worden. Man hat hierbei den Fall im Auge gehabt, daß Stücklohn und die Herstellung einer bestimmten Stückzahl vereinbart ist. In einem solchen Falle würde somit das Kündigungsrecht des § 623 nicht Platz greifen. Vgl. KB. zu §§ 611 bis 614 E. III.

[3]) Vgl. über den Begriff der Kündigung oben § 160 unter I, 2 (S. 576).

[4]) Vgl. hierüber oben § 160 Anm. 14. Die Kündigung kann auch an einem Sonn- oder Feiertag erfolgen. Das Dienstverhältniß endigt mit Ablauf des Tages, an welchem die Kündigung erfolgt.

[5]) Dies ist auch der Fall, wenn der Kalendermonat sich nicht mit dem Dienstmonate deckt. Fand z. B. der Dienstantritt am 15. eines Monats statt und erfolgt die Lohnzahlung immer am 15. eines Monats, so ist dennoch die Kündigung nur für den Schluß eines Kalendermonats zulässig. Vgl. oben § 160 Anm. 11.

Kündigung nur für den Schluß eines Kalendervierteljahrs unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Wochen erfolgen[6]).

3. Ist die Vergütung nicht nach Zeitabschnitten bemessen, wie es z. B. beim Stücklohne der Fall ist, so ist die Kündigung jederzeit zulässig und zwar ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist; jedoch ist eine Kündigungsfrist von zwei Wochen dann einzuhalten, wenn das Dienstverhältniß die Erwerbsthätigkeit des Dienstpflichtigen vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt. **§ 623.**

4. Eine besondere Vorschrift gilt zu Gunsten der zu höheren Dienstleistungen mit festen Bezügen angestellten Personen[7]), deren Erwerbsthätigkeit durch das Dienstverhältniß vollständig oder hauptsächlich in Anspruch genommen wird. Um ihnen eine gesicherte Stellung zu geben, schreibt das Gesetz vor, daß ihr Dienstverhältniß nur für den Schluß eines Kalendervierteljahrs mit Einhaltung einer sechswöchigen Kündigungsfrist gekündigt werden kann, auch wenn die Vergütung nach kürzeren Zeitabschnitten als Vierteljahren bemessen ist. **§ 622.**

II. Die außerordentliche Beendigung.

1. Einer übermäßigen Beschränkung der persönlichen Freiheit tritt das Gesetz durch die Vorschrift entgegen, daß der Verpflichtete ein Dienstverhältniß, welches für die Lebenszeit einer Person oder für eine längere Zeit als fünf Jahre eingegangen ist, nach dem Ablaufe von fünf Jahren mit Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten kündigen kann.[8]) Die Vorschrift muß ihrem Zwecke nach als eine zwingende angesehen werden. Das Kündigungsrecht steht nur dem Verpflichteten, nicht auch dem Dienstberechtigten zu. Für wessen Lebenszeit das Dienstverhältniß eingegangen ist, ob für die des Berechtigten, des Verpflichteten oder eines Dritten, ist gleichgültig. Für eine längere Zeit als fünf Jahre ist das Dienstverhältniß nicht nur dann eingegangen, wenn von vornherein eine fünf Jahre überschreitende Vertragsdauer vereinbart ist, sondern auch **§ 624.**

---

[6]) Die Kündigung muß nicht, wie häufig angenommen wird, spätestens am 15. des zweiten Monats im Quartale (15. Februar, 15. Mai, 15. August, 15. November) erfolgen, es sind vielmehr nur sechs Wochen einzuhalten, so daß die Kündigung noch am 17. Februar (im Schaltjahr am 18. Februar), 19. Mai, 19. August, 19. November rechtzeitig ist. Vgl. Staub Anm. 6 zu § 66 HGB., S. Goldmann Anm. II zu § 66 HGB.

[7]) Als Beispiele erwähnt das Gesetz: Lehrer, Erzieher, Privatbeamte, Gesellschafterinnen. Für die Frage, ob es sich um Dienste höherer Art handelt, kommen außer der Höhe der Vergütung die Vorbildung und die soziale Stellung in Betracht. Der Büreau-Vorsteher eines Rechtsanwalts wird gleichfalls zu den Personen des § 622 zu rechnen sein. Vgl. auch unten S. 629 unter 3. Die Vorschrift schließt sich an die für die Handlungsgehülfen im § 66 HGB. und für die von Gewerbeunternehmern angestellten Betriebsbeamten und mit höheren technischen Dienstleistungen betrauten Personen im § 133a Gewerb.O. gegebenen Vorschriften an (vgl. Prot. II S. 298, 299). Daß die Vorschrift eine zwingende sei, wie Fischer-Henle Anm. 1 zu § 622 annehmen, kann nicht für zutreffend erachtet werden. Vgl. Planck Anm. 1 zu § 622, Oertmann Anm. 3 zu § 622. Auch eine dem § 67 HGB. entsprechende Vorschrift gilt für das BGB. nicht. Es können somit für beide Parteien verschiedene Kündigungsfristen vereinbart werden. Vgl. KB. zu §§ 611—614 E. IV. Die Bemerkung Dernburgs, bei einer Anstellung zur Probe, zur Aushülfe sei § 622 unanwendbar, ist nur insofern richtig, als die Vorschrift des § 622 dann nicht zur Anwendung kommt, wenn die Anstellung auf bestimmte Zeit erfolgt (§ 620 Abs. 1). Eine Anstellung zur Probe ist, wenn nicht eine bestimmte Probezeit vereinbart ist, eine Anstellung auf unbestimmte Zeit, denn die Dauer des Dienstverhältnisses läßt sich aus dem Zwecke der Dienste nicht mit Sicherheit entnehmen. (Vgl. S. Goldmann Anm. 1 unter II c zu § 66 HGB., Staub Anm. 4 zu § 66.) Bei einer Anstellung zur Aushülfe wird es Thatfrage sein, ob aus diesem Zwecke sich eine bestimmte Dauer des Dienstverhältnisses entnehmen läßt. Ist dies der Fall, so kommt § 620 Abs. 1, im anderen Falle § 622 zur Anwendung.

[8]) Im Gegensatze zu der ähnlichen Bestimmung des § 567 kann hier die Kündigung für jeden beliebigen Zeitpunkt erfolgen.

dann, wenn das Dienstverhältniß mit dem Eintritt eines bestimmten Ereignisses endigen soll, das nach dem Ablaufe von fünf Jahren noch nicht eingetreten ist.[9])

§ 626. 2. Ein jeder Dienstvertrag kann sowohl von dem Dienstberechtigten wie von dem Dienstverpflichteten ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.[10]) Das Gesetz bestimmt weder, was ein wichtiger Grund ist, noch giebt es Beispiele für das Vorliegen eines wichtigen Grundes.[11]) Nach der der Vorschrift zu Grunde liegenden Idee, daß bei einem Dienstvertrage beiden Parteien das Recht zustehen muß, sich von dem Vertrage für die Zukunft loszusagen, „wenn eine wesentliche Aenderung der bei Eingehung des Vertrags muthmaßlich gewürdigten Umstände eintritt",[12]) läßt sich als ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 jeder Umstand bezeichnen, von welchem anzunehmen ist, daß er, wenn er beim Abschlusse des Dienstvertrags vorgelegen hätte oder bekannt gewesen wäre,[13]) die Partei von der Eingehung des Vertrags abgehalten hätte, so daß ihr auch gegenwärtig nicht zugemuthet werden kann, den Vertrag fortzusetzen. Der wichtige Grund kann sowohl in der Person des Kündigenden als in der Person des anderen Theiles als auch außerhalb beider Personen liegen; gleichgültig ist es auch für das Kündigungsrecht, ob der Kündigungsgrund von einer der Parteien zu vertreten ist[14]) oder

---

[9]) Vgl. Planck Anm. 4 zu § 624, Oertmann Anm. 2b zu § 624. Die Worte: „für die Lebenszeit einer Person" sind hiernach eigentlich überflüssig, da die Vorschrift ebenso für jeden anderen Zeitraum von unbestimmter Dauer gilt.

[10]) Fast allgemein wird gelehrt, daß die Vorschrift des § 626 zwingendes Recht sei. (So Planck Anm. 4 zu § 626, Oertmann Anm. 6 zu § 626, Dernburg II § 308 unter V, 1.) Richtig ist allerdings, daß nicht im Voraus ganz allgemein auf das Kündigungsrecht des § 626 verzichtet werden kann. Eine solche Vereinbarung wäre nach § 138 nichtig. Dagegen wird man es für zulässig erachten müssen, daß die Parteien vereinbaren, daß wenn ein bestimmter Umstand sich ereignen sollte, dieser nicht als ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 angesehen werden solle. Einer solchen Vereinbarung kann, sofern sie im einzelnen Falle nicht gegen die guten Sitten verstößt, die Wirksamkeit nicht abgesprochen werden. Vgl. Staub Anm. 6 zu § 70 HGB., Neumann Anm. 6 zu § 626.

[11]) In den §§ 71, 72 HGB. konnten Beispiele gegeben werden, weil es sich dort um ein bestimmtes Dienstverhältniß handelt, während § 626 auf jedes Dienstverhältniß ohne Ausnahme zur Anwendung kommt. Vgl. M. II S. 469, Prot. II S. 302, KB. zu § 617 E. IV. Immerhin können die im HGB. aufgezählten Beispiele unter Umständen als Anhalt dienen.

[12]) M. II S. 469. Vgl. auch Endemann I § 173 unter 4a.

[13]) Auch Umstände, die vorher vorgelegen haben, aber erst später bekannt geworden sind, können einen wichtigen Grund im Sinne des § 626 bilden. Wenn auch die eine Partei berechtigt sein mag, aus einem solchen Grunde den Vertrag wegen Irrthums oder wegen Täuschung anzufechten, so ist sie doch auf diese Anfechtung — die ihr unter Umständen nachtheilig sein kann, vgl. § 122 — nicht beschränkt, sondern kann auch von dem Kündigungsrechte des § 626 Gebrauch machen. Vgl. Planck Anm. 2 zu § 626, S. Goldmann Anm. 1 unter d zu § 70 HGB. (S. 336). A. M. Staub Anm. 4 zu § 70 HGB.

[14]) Daß die Gründe vom anderen Theile nicht verschuldet zu sein brauchen, ist klar. So kann z. B. der Dienstberechtigte kündigen, wenn der Dienstpflichtige auch nur kasuell erkrankt und dadurch für längere Zeit an der Leistung der Dienste verhindert wird. Vgl. § 617 Abs. 1 Satz 4. Zweifelhaft dagegen ist es, ob auch derjenige kündigen kann, der selbst den Grund zur Kündigung, vielleicht sogar schuldhaft, herbeigeführt hat. Oertmann Anm. 3c zu § 626 verneint in diesem Falle das Kündigungsrecht. Die allgemeine Fassung des § 626 und die ratio des Gesetzes sprechen jedoch für das Gegentheil. Wenn z. B. ein Dienstbote sich durch leichtsinniges Verhalten eine Erkrankung zugezogen hat, die ein Verlassen des Dienstes und eine Rückkehr in das elterliche Haus erforderlich macht, so kann man, wenn diese Erkrankung an sich als ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 anzusehen ist, den Dienstboten nicht deswegen bei dem Dienstverhältnisse festhalten, weil er an seiner Erkrankung schuld hat.

ob er auf Zufall beruht. Liegt ein wichtiger Grund vor,[15]) so beendigt die Kündigung das Dienstverhältniß für die Zukunft, liegt ein wichtiger Grund nicht vor, so bleibt trotz der Kündigung das Dienstverhältniß bestehen.[16])

§ 627. 3. Ein beiderseitiges freies Kündigungsrecht ist bei denjenigen Dienstverträgen gegeben, bei denen es sich um Dienste höherer Art, d. h. solche handelt, welche eine besondere Fachkenntniß, Kunstfertigkeit oder wissenschaftliche Bildung voraussetzen und die auf Grund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen. In Betracht kommen insbesondere die Verträge mit Aerzten, Lehrern, Rechtsanwälten[17]). Das besondere Vertrauen, auf welchem in diesen Fällen die Uebertragung der Dienste beruht, begründet ein persönliches Verhältniß der Parteien, welches es erforderlich macht, daß beiden Theilen das Recht gegeben werden muß, sich jederzeit von dem Vertrage loszumachen, auch wenn ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 nicht vorliegt[18]). Vorausgesetzt wird jedoch, daß der Dienstpflichtige zu einzelnen bestimmten Diensten angenommen worden ist. Das Kündigungsrecht ist daher ausgeschlossen, wenn es sich um ein dauerndes Dienstverhältniß mit festen Bezügen handelt[19]). Einen Mißbrauch dieses freien Kündigungsrechts verhütet das Gesetz durch die Vorschrift, daß der Verpflichtete nur so kündigen darf, daß der Dienstberechtigte sich die Dienste anderweit verschaffen kann. Eine unzeitige Kündigung ist nur zulässig, wenn ein wichtiger Grund für sie vorliegt. Auch die unzeitige Kündigung löst das Dienstverhältniß auf, verpflichtet aber den Dienstpflichtigen, dem Dienstberechtigten den aus der unzeitigen Kündigung entstehenden Schaden zu ersetzen[20]).

§ 628. 4. a) Die auf Grund der §§ 626, 627 erfolgende Kündigung hebt das Dienstverhältniß *für die Zukunft* auf. Bis zur Kündigung *besteht* das

---

[15]) Das objektive Vorliegen des wichtigen Grundes genügt, es ist nicht erforderlich, daß der Grund bei der Kündigung angegeben wird. Vgl. Staub Anm. 1 zu § 70, S. Goldmann Anm. 1 unter aa (S. 335), Neumann Anm. 4 zu § 626. Andererseits hängt es von dem Belieben der Partei ab, ob sie wegen eines Umstandes, der objektiv als ein wichtiger Grund angesehen werden kann, von ihrem Kündigungsrechte Gebrauch machen will oder nicht. Sie kann z. B. eine Veruntreuung, eine Beleidigung verzeihen, nicht zum Anlasse für eine Kündigung nehmen. Ob eine solche Verzeihung vorliegt, wenn die Partei von einem wichtigen Grunde im Sinne des § 626 Kenntniß erlangt und sich längere Zeit passiv verhält, ist Thatfrage.

[16]) Hieraus ergiebt sich, daß, wenn der Grund, aus welchem die Kündigung erfolgt ist, nicht als ein wichtiger im Sinne des § 626 erachtet wird, beide Parteien auch nach der Kündigung einander zu vertragsmäßigem Verhalten verpflichtet sind. Ein nach der Kündigung eingetretener wichtiger Grund ist geeignet, eine neue Kündigung und ebenso die aufrecht erhaltene frühere Kündigung von dem Eintritte des späteren Ereignisses an als gerechtfertigt erscheinen zu lassen. So schon für das frühere preuß. Recht RG. Bd. 32 S. 249 ff.

[17]) Vgl. Prot. II S. 302, 303, Oertmann Anm. 1 zu § 627.

[18]) Daß die Vorschrift, wie Oertmann Anm. 4 zu § 627 annimmt, eine zwingende sei, kann nicht zugegeben werden. Man wird eine Vereinbarung, daß ein Dienstverhältniß des § 627 nur aus einem wichtigen Grunde solle gekündigt werden können, für wirksam erklären müssen. Vgl. Dernburg II § 308 unter V, 2.

[19]) Wie es z. B. bei einem mit festem Gehalt angestellten Hausarzte, Syndikus, Erzieher der Fall ist.

[20]) Da die Kündigung, auch die unzeitige, das Dienstverhältniß löst, so muß der Dienstberechtigte mit der erforderlichen Sorgfalt für anderweite Beschaffung der Dienste sorgen. (Vgl. M. II S. 546). Der Verpflichtete hat daher nur den Schaden zu ersetzen, der dem Dienstberechtigten dadurch entstanden ist, daß er in Folge der unzeitigen Kündigung trotz der seinerseits angewendeten Sorgfalt sich die Dienste anderweit nicht verschaffen konnte.

Dienstverhältniß; es ist daher für die bis zur Kündigung geleisteten Dienste ein diesen entsprechender Theil der vertragsmäßigen Vergütung zu gewähren [21]).

b) Eine Ausnahme tritt zum Nachtheile des Dienstpflichtigen erstens dann ein, wenn er seinerseits kündigt, ohne durch ein vertragswidriges Verhalten des anderen Theiles dazu veranlaßt zu sein, und ferner, wenn er selbst durch sein vertragswidriges Verhalten dem anderen Theile Veranlassung zur Kündigung giebt. Er kann dann die verhältnißmäßige Vergütung insoweit nicht beanspruchen, als seine bisherigen Leistungen für den anderen Theil kein Interesse haben [22]). Ein vertragswidriges Verhalten setzt nicht nur objektiv einen Verstoß gegen den Vertrag, sondern auch ein subjektives Verschulden voraus [23]). Der erste Ausnahmefall liegt somit auch dann vor, wenn der Dienstpflichtige durch ein Ereigniß zur Kündigung veranlaßt worden ist, das zwar in der Person des Dienstberechtigten eingetreten ist, ihm aber nicht zum Verschulden angerechnet werden kann [24]). Umgekehrt liegt der zweite Ausnahmefall nicht vor, wenn der Dienstberechtigte den Grund zur Kündigung aus der Person des Verpflichteten entnimmt, ohne daß diesen ein Verschulden trifft [25]).

c) Da die Kündigung den Vertrag für die Zukunft auflöst, muß der Dienstpflichtige, falls an ihn die Vergütung für die Zeit nach der Kündigung entrichtet worden ist, diese in Gemäßheit des § 347, also insbesondere Geld mit Zinsen vom Tage des Empfanges an, zurückerstatten. Ist jedoch die Kündigung wegen eines Umstandes erfolgt, den der Dienstpflichtige nicht zu vertreten hat, so hat die Rückerstattung nur nach den Grundsätzen über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zu erfolgen.

d) Ein Anspruch auf Ersatz des durch die Kündigung entstandenen Schadens steht dem Kündigenden dann zu, wenn die Kündigung durch vertragswidriges Verhalten des anderen Theiles veranlaßt wird. Für den Kündigenden besteht keine Schadensersatzpflicht, mag er auch im Falle des § 626 aus einem in seiner Person liegenden Grunde oder im Falle des § 627 willkürlich gekündigt

---

[21]) Der dem Dienstpflichtigen zu gewährende Theil der Vergütung soll den bisherigen Leistungen entsprechen. Das ist nicht dahin zu verstehen, daß der Werth der bisherigen Leistungen mit dem Werthe der Gesammtleistung verglichen werden soll. Es kommt vielmehr darauf an, in welcher Weise die Vergütung vereinbart ist. Ist die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen, so geht die Absicht der Parteien dahin, daß für die Leistungen innerhalb eines Zeitabschnitts eine bestimmte Vergütung zu entrichten ist, gleichgültig, welchen Umfang die Leistungen in den einzelnen Zeitabschnitten hatten. Ist z. B. ein Hausarzt mit einem Jahresgehalte von 400 Mark angestellt und wird das Dienstverhältniß nach Ablauf eines Vierteljahrs auf Grund des § 626 gekündigt, so kommt es nicht auf die einzelnen Leistungen innerhalb dieses Vierteljahrs an, vielmehr sind seine „bisherigen Leistungen" im Sinne des § 628 die Gesammtheit der ärztlichen Dienstleistungen, die in diesen Zeitraum fallen. Er hat also 100 Mark Vergütung zu fordern, gleichgültig, ob in diesem Vierteljahr ungewöhnlich viele oder sehr wenige, vielleicht gar keine Dienstleistungen erforderlich waren. Vgl. Dernburg II § 308 Anm. 4.

[22]) In einem ähnlichen Falle bestimmte das ALR. (§ 166, I 5), daß der Dienstberechtigte von der Vergütung so viel abziehen könne, als erforderlich ist, sich die noch rückständigen Leistungen zu verschaffen. Diese Berechnung der Vergütung wird auch hier die zutreffende sein. Ist z. B. für eine Dienstleistung ein Stücklohn von 50 Mark vereinbart, so beträgt die Vergütung, wenn zur Zeit der Kündigung die Hälfte der Arbeit geleistet ist, nach § 628 Abs. 1 Satz 1 25 Mark. Liegt der Ausnahmefall des Satzes 2 vor und muß der Berechtigte für Vollendung der Arbeit 40 Mark zahlen, so kann der Dienstpflichtige nur 10 Mark beanspruchen.

[23]) Vgl. Prot. II S. 305 und S. 306.

[24]) Z. B.: Der Angestellte eines Beamten kündigt, weil dieser nach einem Orte versetzt worden ist, wohin mitzugehen dem Angestellten nicht zugemuthet werden kann.

[25]) Z. B. der Dienstberechtigte kündigt wegen Erkrankung des Dienstpflichtigen.

haben.[26]) Der Schaden des Dienstpflichtigen besteht regelmäßig darin, daß ihm für die Zeit von der Kündigung an die vertragsmäßige Vergütung entgangen ist.[27]) Jedoch kommt die Vorschrift des § 254 zur Anwendung, wenn der Dienstpflichtige es schuldhaft unterläßt, den Schaden abzuwenden oder zu mindern, insbesondere, wenn er durch anderweitige Verwendung seiner Dienste einen Erwerb hätte erzielen können.[28])

III. Wenn nach dem Ablaufe der Dienstzeit, gleichgültig, ob das Dienstverhältniß auf bestimmte Zeit eingegangen war oder ob eine Kündigung den Ablauf herbeigeführt hat, der Verpflichtete das Dienstverhältniß fortsetzt und zwar mit Wissen des Dienstberechtigten, so gilt das Dienstverhältniß als auf unbestimmte Zeit verlängert. Die Voraussetzung dieser Fiktion ist, daß der Verpflichtete das Dienstverhältniß, welches bisher bestanden hat, fortsetzt. Hierzu genügt nicht das bloße thatsächliche weitere Leisten von Diensten, es muß vielmehr auch der Wille, das Dienstverhältniß selbst aufrecht zu erhalten, erhellen[29]). § 625.

---

[26]) Der Schadensersatzanspruch kann immer nur dem Kündigenden, nie dem Gekündigten zustehen. Die Ansicht Oertmann's (Anm. 2b zu § 628), daß der Fall des § 628 Abs. 2 auch dann vorliegt, wenn der eine Theil grundlos kündigt, daß also dann der Kündigende zum Schadensersatze verpflichtet ist, ist unzutreffend. Zunächst spricht der Wortlaut des Gesetzes dagegen. Man kann von dem, der kündigt, nicht sagen, er habe die Kündigung veranlaßt. Im E. I § 566 Abs. 1 S. 2 war deutlicher ausgesprochen: liegt der Grund in einem vertragswidrigen Verhalten des anderen Theiles, so ist dieser dem Zurücktretenden zum Schadensersatze verpflichtet. Diese Vorschrift ist von der zweiten Kommission sachlich nicht beanstandet worden (Prot. II S. 306). Erfolgt eine grundlose Kündigung im Falle des § 626, so beendigt sie das Dienstverhältniß überhaupt nicht. Bei den Ansprüchen, die die Parteien gegen einander geltend machen, handelt es sich nicht um einen Schaden, der durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstanden ist, sondern um Ansprüche aus dem fortbestehenden Vertrage. Vgl. S. Goldmann Anm. 2 zu § 70 HGB., Neumann Anm. II zu § 628. Eine grundlose Kündigung im Falle des § 627 begründet keine Schadensersatzpflicht. Bestände eine solche, so würde das freie Kündigungsrecht, welches das Gesetz bei den Dienstverhältnissen des § 627 aus höheren Rücksichten zuläßt, zum größten Theile illusorisch werden.

[27]) Die vertragsmäßige Vergütung hätte ihm bis zu dem Zeitpunkte zugestanden, zu welchem das Dienstverhältniß ohne diese Kündigung geendet hätte. Bei einem auf unbestimmte Zeit geschlossenen Dienstverhältnisse muß angenommen werden, daß der Berechtigte seinerseits zu dem ersten Zeitpunkte gekündigt hätte, zu welchem die Kündigung vertragsmäßig zulässig gewesen wäre. (Prot. II S. 306, Planck Anm. 3d zu § 628, Oertmann Anm. 2b zu § 628.) Kündigt z. B. bei einem Dienstverhältnisse, bei welchem die Vergütung nach Monaten bemessen ist, der Dienstpflichtige am 5. eines Monats, weil der Berechtigte ihn gröblich mißhandelt hat, so ist anzunehmen, daß der Berechtigte seinerseits am 15. gekündigt hätte (§ 621 Abs. 3), so daß die Vergütung bis zum Ende des Monats zu entrichten gewesen wäre. — Hieraus ergiebt sich, daß, wenn an sich die Vorschrift des § 628 Abs. 2 auch auf den Fall des § 627 zur Anwendung kommt, ein Schadensersatzanspruch doch meist ausgeschlossen sein wird. Wird z. B. ein Lehrer durch grobe Ehrverletzung zur Kündigung veranlaßt, so hätte auch der andere Theil seinerseits das Dienstverhältniß sofort auf Grund des § 627 kündigen können.

[28]) Vgl. auch § 615 S. 2, Oertmann Anm. 2b zu § 628, Staub Anm. 15 zu § 70 HGB.

[29]) Hierdurch unterscheidet sich § 625 von der für die Miethe geltenden entsprechenden Vorschrift des § 568. Dort ist Voraussetzung der Fiktion die bloße Fortsetzung des Gebrauchs, gleichgültig, aus welchem Grunde und in welcher Absicht sie erfolgt (vgl. oben § 160 Anm. 29). Hier muß der Wille, das Dienstverhältniß fortzusetzen, erhellen. Leistet der Verpflichtete nur Dienste aus Gefälligkeit, zur Aushülfe, vorübergehend, bis der Berechtigte für anderweite Beschaffung der Dienste gesorgt hat, so setzt er nicht das Dienstverhältniß fort. Hiermit steht es im Zusammenhange, daß im § 568 auch dem Miether ein Widerspruchsrecht gegeben ist, während hier ein solches dem Verpflichteten nicht zusteht. Denn ist es klar, daß sein Wille, das Dienstverhältniß fortzusetzen, vorliegt, so wäre sein Widerspruch eine protestatio facto contraria. Vgl. auch Planck Anm. 1 zu § 625, Neu-

Weiß der andere Theil, daß der Verpflichtete das Dienstverhältniß fortsetzt, so muß er, wenn er den Eintritt der Fiktion des § 625 verhindern will, unverzüglich widersprechen. Die Verlängerung erfolgt auf unbestimmte Zeit, so daß für die Beendigung des Dienstverhältnisses die Vorschriften der §§ 621—623 maßgebend sind. In allen übrigen Punkten, insbesondere hinsichtlich der Vergütung, bleibt das Verhältniß der Parteien unverändert.

§ 629. IV. Bei einem dauernden Dienstverhältniß[30]) ist der Dienstberechtigte verpflichtet, nach der Kündigung — gleichgültig von welchem Theile sie ausgeht — dem Verpflichteten auf Verlangen angemessene Zeit zur Aufsuchung eines anderen Dienstverhältnisses zu gewähren[31]). Auch bei einem dauernden Dienstverhältnisse, das auf bestimmte Zeit eingegangen ist, wird man eine entsprechende Verpflichtung des Dienstberechtigten annehmen müssen[32]).

§ 630. V. Endlich kann bei der Beendigung[33]) eines dauernden Dienstverhälthältnisses[34]) der Verpflichtete verlangen, daß der Berechtigte ihm ein schriftliches[35]) Zeugniß über das Dienstverhältniß[36]) und über dessen Dauer ausstelle. Auf die Leistungen des Dienstverpflichteten und auf dessen Führung im Dienste darf das Zeugniß sich nur erstrecken, wenn der Verpflichtete dies verlangt.

Neunzehnter Titel.

Werkvertrag.

§ 172. Begriff und Gegenstand.

§ 631 Abs. 1. I. Der Werkvertrag[1]) ist der gegenseitige Vertrag, der auf Herstellung eines Werkes gegen Vergütung gerichtet ist. Derjenige, welcher die Herstellung des Werkes verspricht, ist der Unternehmer, der andere Theil der Besteller des Werkes (§ 631 Abs. 1).

---

mann Anm. 2 zu § 625. Im praktischen Resultate wird aber der Unterschied kaum hervortreten. Denn auch der Dienstverpflichtete wird, um zu verhindern, daß aus der Fortleistung der Dienste auf eine Fortsetzung des Dienstverhältnisses geschlossen werde, seinen entgegengesetzten Willen erklären müssen.

[30]) Vgl. über den Begriff oben § 170 unter 5a (S. 621).

[31]) Für die Zeit, welche dem Dienstpflichtigen zum Aufsuchen eines anderen Dienstes gewährt wird, kann ihm die Vergütung nicht vorenthalten werden. Es ergiebt sich dies aus dem Sinne der Vorschrift des § 629, auch wird meist der Fall des § 616 vorliegen.

[32]) Vgl. Oertmann Anm. 1 zu § 629, Dernburg II § 308 unter VII.

[33]) Aus dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte (vgl. KB. zu § 620, Sten. Ber. S. 2814, 2815) ergiebt sich, daß der Dienstverpflichtete das Zeugniß nicht schon zu einem früheren Zeitpunkt als dem der Beendigung des Dienstverhältnisses fordern kann. A. M. S. Goldmann Anm. 1 zu § 73, Staub Anm. 2 zu § 73 HGB.

[34]) Bei anderen Dienstverhältnissen besteht eine solche Verpflichtung nicht. Prot. II S. 308.

[35]) Es sind die Formvorschriften des § 126 zu erfüllen. Eine Beglaubigung des Zeugnisses kann nicht verlangt werden.

[36]) Gemeint ist ein Zeugniß über die Art des Dienstverhältnisses, d. h. worin das Dienstverhältniß bestanden hat. Vgl. § 73 HGB. („über die Art und Dauer der Beschäftigung").

[1]) Der Werkvertrag des BGB. entspricht der locatio conductio operis des gemeinen und der Werkverdingung des preußischen Rechtes. Vgl. Riezler, der Werkvertrag nach dem BGB. (Jena 1900) S. 1 ff. Doch kommt bereits in der Bezeichnung „Werkvertrag" zum Ausdrucke, daß das BGB. im Gegensatze zum gemeinen Rechte den Vertrag nicht als eine besondere Art der Miethe, sondern als einen selbständigen Vertrag behandelt. (Vgl. Riezler a. a. O. S. 30.)

Voraussetzungen für das Vorliegen eines Werkvertrags sind hiernach:

1. Der Vertrag muß auf **Herstellung eines Werkes** gerichtet sein, das heißt **die Herstellung eines beim Vertragschlusse noch nicht fertiggestellten Werkes muß der unmittelbare Gegenstand des Vertrags sein.**

Handelt es sich nicht um die Herstellung eines noch nicht fertiggestellten Werkes, sondern um die Lieferung eines fertigen Gegenstandes, so liegt ein Kaufvertrag vor[2]). Letzteren Falles kommt es nicht darauf an, ob zur Zeit des Vertragschlusses der Gegenstand bereits fertiggestellt ist oder nicht. Maßgebend ist vielmehr nur, ob er als ein herzustellender oder als ein fertiger nach dem Willen der Parteien den Gegenstand des Vertrags bildet[3]). Je nachdem das eine oder das andere der Fall ist, kann danach der Vertrag über ein noch nicht fertiggestelltes Werk ein Werkvertrag oder ein Kaufvertrag sein.

Ist unmittelbarer Gegenstand des Vertrags nicht der durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführende **Erfolg**, das Werk, sondern die Arbeit oder die Dienstleistung selbst, so liegt ein Dienstvertrag (§ 611), nicht ein Werkvertrag vor[4]). Es kommt nicht darauf an, ob durch die Dienstleistung **wirthschaftlich** die Herbeiführung eines Erfolges bezweckt wird, sondern ob **rechtlich** der Erfolg oder die Dienstleistung zum Gegenstande des Vertrags gemacht wird. Auch wenn der beabsichtigte Erfolg der gleiche ist, liegt in ersterem Falle ein Werkvertrag, letzteren Falles ein Dienstvertrag vor[5]). — Aehnlich liegt ein **Mieth**-

---

[2]) Ist der Gegenstand bereits hergestellt und ist dies den Parteien bekannt, so kann die Herstellung, die das Wesen des Werkvertrags ausmacht (§ 631 Abs. 1), nicht mehr versprochen werden. Der Werkvertrag ist auf die Herbeiführung eines Erfolges und zwar durch Arbeit oder Dienstleistung (§ 631 Abs. 2), das Herstellen, der Kaufvertrag auf Uebertragung eines Gegenstandes (siehe oben § 128 I S. 469), das Verschaffen (§ 433 Abs. 1), gerichtet (vgl. Ob.-Trib. Bd. 62 S. 77, Strieth Arch. Bd. 86 S. 251). Bestellt Jemand bei einem Schneider einen Anzug, bei einem Maschinenfabrikanten eine Maschine, so liegt ein Werkvertrag, entnimmt er einen fertigen Anzug aus einem Herrengarderobengeschäft, eine fertige Maschine von einem Maschinenhändler, so liegt ein Kaufvertrag vor. Dabei kommt es allein darauf an, ob der Wille der Parteien beim Vertragsschluß auf Herstellen oder Verschaffen gerichtet war, nicht darauf, in welcher Weise der Unternehmer oder der Verkäufer den Vertrag thatsächlich erfüllt. Wenn der Schneider dem Besteller einen bei der Bestellung bereits fertigen Anzug liefert, den er einem Anderen verpaßt hatte, so bleibt doch der Vertrag ein Werkvertrag. (Ein Kaufvertrag würde vorliegen, wenn der Schneider bei der Bestellung erklärt, er habe gerade einen passenden Anzug fertig, und der Besteller diesen nimmt.) Liefert der Maschinenhändler nicht die vom Käufer ausgesuchte Maschine, die er als Muster auf Lager behalten will, sondern eine gleiche erst in der Fabrik aus Anlaß des Kaufes hergestellte, so bleibt der Vertrag doch ein Kaufvertrag (vgl. Anm. 3).

[3]) Der Händler A. bestellt bei dem Grossisten B. 50 Smyrna-Teppiche. B. bestellt diese Teppiche seinerseits bei dem Fabrikanten C. Der Vertrag zwischen A. und B. ist ein Kaufvertrag, der zwischen B. und C. ein Werkvertrag (vgl. aber § 651). A. ist es gleichgültig, ob B. die Teppiche von seinem Lager liefern oder ob er sie von einem anderen Grossisten beziehen oder ob er sie erst anfertigen lassen wird; seine Bestellung bezieht sich auf fertige Teppiche. Umgekehrt ist die Bestellung bei einem Fabrikanten, so die des B. bei C., wenn nicht etwas Anderes erhellt, regelmäßig auf das Herstellen gerichtet. Kann C. die Teppiche zufällig vom Lager liefern, so ändert dies doch nichts an der Natur des Vertrags (siehe Anm. 2).

[4]) Vgl. M. II S. 455, 471, D. S. 122—123, Windscheid Pand. II § 399 Anm. 6, Dernburg PP. II § 199 I, Eccius II § 138 Anm. 39 ff., ALR. I, 11 § 925.

[5]) Zwei Hausfrauen wollen ihre Wäsche reinigen lassen. Die eine übergiebt sie einer Waschanstalt, die andere nimmt auf zwei Tage eine Waschfrau. In beiden Fällen ist der gewollte Erfolg derselbe: beide Hausfrauen wollen ihre Wäsche gewaschen haben. Rechtlich ist aber Gegenstand des Vertrags im ersteren Falle die Herstellung der gereinigten Wäsche, in letzterem die Thätigkeit des Waschens. Der Vertrag mit dem Inhaber der Waschanstalt ist ein Werkvertrag, der mit der Waschfrau ein Dienstvertrag. — Ebenso liegt

vertrag, nicht ein Werkvertrag vor, wenn den Gegenstand des Vertrags nicht der herbeizuführende Erfolg, sondern die Gewährung des Gebrauchs einer Sache bildet (§ 535), auch wenn durch den Gebrauch die Herbeiführung des gleichen Erfolges bezweckt wird[6])[7]).

2. Der Vertrag muß die Herstellung eines Werkes gegen Vergütung zum Gegenstande haben. Wird die Herstellung eines Werkes ohne Entrichtung einer Vergütung seitens des Bestellers versprochen, so liegt regelmäßig eine Schenkung oder ein Auftrag vor[8]). Nicht erforderlich ist, daß die Vergütung in Pausch und Bogen bedungen ist. Auch wenn eine Vergütung nach Theilen, z. B. nach Maaß, Zahl, Gewicht oder Zeit bestimmt ist, kann ein Werkvertrag vorliegen (vgl. § 641 Abs. 1 S. 2)[9]).

---

z. B. ein Werkvertrag vor, wenn ein Kaufmann Jemanden beauftragt, ihm seine Handelsbücher in Ordnung zu bringen, ein Dienstvertrag, wenn er, auch wenn es zu dem gleichen Zwecke geschieht, einen Buchhalter anstellt.

[6]) Vgl. Planck Vorbem. 2 vor § 631. — Der Vertrag über die Beförderung von Personen und Sachen nach einem bestimmten Orte ist regelmäßig Werkvertrag (vgl. M. II S. 507, D. S. 123, Staub Anm. 1 zu § 425 HGB). Gegenstand des Vertrags ist die Herbeiführung der Ankunft der Person oder Sache an dem bestimmten Orte. Nimmt z. B. Jemand einen Bootsmann, damit er ihn an eine bestimmte Stelle rudere, so liegt ein Werkvertrag vor. Nimmt er dagegen das Boot, um sich selbst dorthin zu rudern, so liegt ein Miethvertrag vor. Vereinbart er mit dem Bootsmanne, daß er ihn eine Stunde auf dem Wasser fahre, so schließt er einen Dienstvertrag (vgl. Oertmann Vorbem. 1 vor § 611 S. 329). Hier ist Gegenstand des Vertrags die Dienstleistung, das Fahren. Siehe auch unten Anm. 18 S. 636.

[7]) Es kommen Verträge eigener Art vor, die sich aus verschiedenen der im BGB. geregelten Verträge zusammensetzen, ohne daß sie als Ganzes einer bestimmten Kategorie dieser Verträge angehören. Hierher gehören z. B. die von Planck Vorbem. 2 vor § 631 angeführte „Miethe" eines Schiffes oder einer Dreschmaschine mit der zur Bedienung nöthigen Mannschaft. Hier ist nicht die Beförderung nach einem bestimmten Orte, der Erfolg des Ausdreschens Gegenstand des Vertrags, sondern der Gebrauch des Schiffes, der Dreschmaschine und die Stellung der Bedienungsmannschaft. Es liegt nicht ein reiner Werkvertrag, sondern ein aus einem Miethvertrag und einem Werkvertrage zusammengesetzter Vertrag vor. Als ein Werkvertrag, nicht als ein Dienstvertrag, stellt sich die Vereinbarung der Stellung der Mannschaft dar. Der Vermiether der Dreschmaschine ist nicht verpflichtet, die zur Bedienung der Maschine erforderlichen Dienste zu leisten, sodaß er etwa diese Verpflichtung durch die gestellte Mannschaft erfüllt (§ 631), vielmehr erstreckt sich seine Verpflichtung nur auf die Stellung der Mannschaft. Ein solcher auf Dienstverschaffung gerichteter Vertrag ist im Sinne des BGB. kein Dienstvertrag (vgl. M. II S. 456). Die Frage ist von praktischer Bedeutung in Ansehung der Haftung für ein Verschulden der von dem Unternehmer gestellten Bedienungsmannschaft. Ein solches hat der Unternehmer nicht nach § 278 zu vertreten, er haftet vielmehr nur für ein Verschulden bei Stellung der Mannschaft, d. h. für culpa in eligendo und nach den Umständen des einzelnen Falles für culpa in custodiendo. Vgl. Oertmann Vorbem. 2 vor § 631 und (theilweise abweichend) Planck a. a. O. und RG. Bd. 25 S. 108 ff., S. 113, Bd. 48 S. 89 ff. — Als ein aus Werk- und Miethvertrag zusammengesetzter Vertrag stellt sich z. B. auch der „Kauf" eines Theaterbillets für einen bestimmten Platz, der Vertrag über die Beförderung in einem D-Zuge dar. Gegenstand des Vertrags ist hier die Veranstaltung der Theatervorstellung, die Beförderung (Werkvertrag) und daneben die Benutzung des bestimmten Platzes (Miethvertrag). Vgl. Oertmann a. a. O. Nach Opet, deutsches Theaterrecht (Berlin 1897) S. 219—220, Dernburg II § 317 Anm. 3 liegt ein reiner Werkvertrag vor. Vgl. auch Riezler a. a. O. S. 47, 49 ff., der ohne Grund die Zulässigkeit von zusammengesetzten Geschäften leugnet.

[8]) Vgl. M. II S. 473, 459. — Der Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat (§ 675), unterscheidet sich von dem Auftrage (§ 662) durch die Entgeltlichkeit. Die unentgeltliche Uebernahme der Erstattung eines Gutachtens seitens eines Rechtsanwalts stellt die Annahme eines Auftrags dar, die entgeltliche Uebernahme einen Werkvertrag (siehe unten Anm. 20 S. 637). Verspricht ein Schuhmacher Jemandem, ihm ein Paar Stiefel unentgeltlich anzufertigen, so liegt nicht ein Werkvertrag, sondern eine Schenkung vor.

[9]) Vgl. M. II S. 471, Planck Vorbem. vor § 631 II, 2 a. E. Anders auf Grund des § 925 I, 11 ALR. Strieth. Arch. Bd. 63 S. 308, dagegen Dernburg PP. II

3. Nicht wesentlich für den Begriff des Werkvertrags ist, daß der Unternehmer zur persönlichen Herstellung des Werkes und ferner, daß der Unternehmer zur Verschaffung des Eigenthums an dem Werke, der Besteller zur Abnahme des Werkes verpflichtet ist.

a) Ob der Unternehmer das Werk persönlich herstellen soll, ob er sich bei der Herstellung im Einzelnen anderer Personen bedienen darf, ob er nur die Oberleitung über die von Anderen auszuführenden Arbeiten haben oder bei der Herstellung persönlich gar nicht thätig sein soll, ist begrifflich gleichgültig. Daher braucht der Unternehmer kein Werkverständiger zu sein; auch der Entreprisevertrag ist ein Werkvertrag im Sinne des BGB. [10])

b) Während beim Kaufvertrag auf der einen Seite die Verpflichtung zur Uebergabe und Eigenthumsverschaffung, auf der anderen die zur Abnahme wesentlich ist (§ 433 Abs. 1 und 2), ist der Werkvertrag begrifflich nur auf Herstellung des Werkes, nicht auf dessen Uebergabe und Abnahme und nicht auf Verschaffung des Eigenthums an dem Werke gerichtet. Abgesehen davon, daß Gegenstand des Werkvertrags nicht nur die Herstellung einer Sache sein kann, sondern auch die Herbeiführung eines anderen Erfolges (§ 631 Abs. 2) [11]), bei dem eine Eigenthumsverschaffung und eine Abnahme garnicht in Frage kommen (vgl. §§ 640, 646) [12]), liegt, selbst wenn es sich um Herstellung einer Sache handelt, ein Werkvertrag auch dann vor, wenn auf der einen Seite eine Verpflichtung, die hergestellte Sache zu übergeben und dem Besteller das Eigenthum an der Sache zu verschaffen, auf der anderen Seite eine Verpflichtung zur Abnahme nicht besteht [13]) [14]).

---

§ 199 Anm. 7, ROHG. Bd. 15 S. 259, RG. Bd. 10 S. 205. — Ein Werkvertrag, nicht ein Dienstvertrag liegt z. B. vor, wenn es ein Bücherrevisor übernimmt, die Bücher eines Kaufmanns in Ordnung zu bringen (siehe oben Anm. 5), auch wenn die Vergütung nach den auf die Arbeit zu verwendenden Tagen bemessen wird; wenn Jemand einem Anderen Wolle übergiebt, aus der er, gegen Vergütung eines bestimmten Betrags für jedes Paar, Strümpfe stricken soll; wenn bei einem Goldarbeiter die Anfertigung eines Trauringes bestellt wird, dessen Preis sich nach dem Gewichte des verwendeten Goldes bestimmt. Ueberall ist entscheidend, daß ein gegen Vergütung herbeizuführender Erfolg Gegenstand des Vertrags ist. Wie die Vergütung bemessen wird, ist gleichgültig.

[10]) Vgl. Dernburg II § 317 II, 3, Planck Vorbem. vor § 631 II, 2 a. E. Anders §§ 928, 929 I 11 ALR. — A. bestellt ein Portrait seiner Frau bei dem hervorragenden Maler B. Hier verpflichtet sich B., das Portrait persönlich zu malen. — C. bestellt bei dem Orgelbauer D. den Bau einer Orgel. D. verpflichtet sich hier mit der Annahme der Bestellung, die Orgel selbst zu bauen, er darf die Herstellung nicht einem anderen Orgelbauer übertragen, aber er kann die einzelnen Arbeiten von seinen Leuten ausführen lassen. — Dem Architekten E. wird von der Gemeinde W. der Bau einer Kirche nach seinen Plänen und unter seiner Oberleitung übertragen, während die Bauausführung durch den Maurermeister F. erfolgt. — Ein aus den Bankiers G., H. und J. bestehendes Konsortium übernimmt die Einrichtung einer elektrischen Straßenbeleuchtung in der Stadt X. Das Konsortium überträgt die gesammte Einrichtung den Elektrizitäts-Gesellschaften Y. und Z. — Alle diese Verträge sind Werkverträge.

[11]) Siehe unter II, 1 S. 636.

[12]) Ueber die Abnahme siehe Näheres unten § 173 unter II, 4 S. 642.

[13]) Wenn der Besteller aus einem von ihm selbst gelieferten Stoffe eine Sache für sich herstellen läßt, so erwirbt er nach § 950 Abs. 1 auch das Eigenthum an der neuen Sache. Vgl. Riezler a. a. O. S. 27 ff. Eine Eigenthumsverschaffung kommt also nicht in Frage, sondern nur eine Ablieferung und Abnahme. Wenn Gegenstand des Werkvertrags die Veränderung (§ 631 Abs. 1) einer im Gewahrsame des Bestellers bleibenden Sache ist, so fallen auch Ablieferung und Abnahme fort. Aber selbst, wenn eine neue Sache aus einem vom Unternehmer zu beschaffenden Stoffe herzustellen ist, kommen Fälle vor, in denen weder Eigenthumsverschaffung noch Ablieferung und Abnahme in Frage kommen, die Sache vielmehr

§ 631 Abs. 2.

II. **Gegenstand des Werkvertrags kann jeder durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführende Erfolg sein** (§ 631 Abs. 2).

1. **Jeder** Erfolg der gedachten Art kann Gegenstand des Werkvertrags sein, also nicht nur die materielle Produktion, die Herstellung oder Veränderung einer Sache, sondern auch die immaterielle Produktion, wissenschaftliche und künstlerische Schöpfungen, sowie jeder andere immaterielle Erfolg [15]. Hiernach stellt sich z. B. nicht nur der Vertrag, welcher die Anfertigung eines neuen oder die Ausbesserung eines alten Anzugs zum Gegenstande hat, als Werkvertrag dar, sondern auch der Vertrag über Anfertigung einer wissenschaftlichen Abhandlung, über Veranstaltung eines Konzerts, der Frachtvertrag [16], der Vertrag über die Besorgung eines Geschäfts gegen Entgelt (§ 675) [17].

2. Jeder **Erfolg** der im § 631 Abs. 2 bezeichneten Art kann Gegenstand des Werkvertrags sein, nicht aber, wie hier noch einmal hervorgehoben werden muß [18], das Mittel, durch welches der Erfolg herbeigeführt werden soll. Wird dieses zum Gegenstande des Vertrags gemacht, so liegt kein Werkvertrag vor, es kann sich je nach dem gewählten Mittel um Verträge verschiedener Art handeln [19] [20].

---

im Eigenthum und im Besitze des Unternehmers bleiben soll. A. verpflichtet sich dem B. gegenüber, nach dessen Plänen ein Fabrikgebäude mit einem Kostenaufwande von 500 000 Mk. zu errichten, zu denen B. 100 000 Mk. beizusteuern hat. B. verpflichtet sich, das Fabrikgebäude auf 10 Jahre für einen Miethzins von 25 000 Mk. jährlich zu miethen. Hier liegt nicht ein bloßer Miethvertrag, sondern, soweit der Vertrag auf Errichtung des Fabrikgebäudes gerichtet ist, ein Werkvertrag vor, obwohl A. Eigenthümer des Gebäudes bleiben und weder eine Ablieferung noch eine Abnahme des Gebäudes erfolgen soll. In den Besitz des Gebäudes soll B. erst auf Grund des Miethvertrags gelangen.

[14]) Hiernach ist auch die Ansicht von Endemann (I § 174 I, 2) unzutreffend, der Werkvertrag sei ebenso wie der Kaufvertrag „auf momentane Erfüllung gerichtet". Endemann konstruiert den Werkvertrag dahin, „daß ein fertiggestelltes Werk gegen Empfang der vereinbarten Vergütung abgeliefert werden soll". Die zur Herstellung erforderliche Arbeit gehöre weder zum Inhalte der Leistungspflicht noch zur Eigenart des Vertrags. All dies widerspricht den klaren Bestimmungen des BGB. (vgl. insbesondere die §§ 631 Abs. 1, 640 Abs. 1, 646).

[15]) Vgl. M. II S. 506 ff., Planck Vorbem. II, 2 vor § 631, Oertmann Vorbem. 1 b vor § 631. — Ueber die engere Begrenzung des Werkvertrags im preußischen Rechte vgl. §§ 925 ff. I, 11 ALR., Dernburg PP. II § 199.

[16]) Siehe oben Anm. 6 S. 634.

[17]) Dadurch, daß jeder materielle und immaterielle Erfolg nach § 631 Abs. 2 Gegenstand des Werkvertrags sein kann, gewinnen die Vorschriften über den Werkvertrag eine große Bedeutung für die Praxis. Einen Werkvertrag schließt z. B. in der Regel, wer sich bei einem Barbier oder Friseure barbieren, frisieren oder das Haar schneiden läßt, wer ein Abonnement bei einer Gasglühlicht-Gesellschaft nimmt, damit diese das Glühlicht in Ordnung hält, wer ein Billet zu einem Vortrage „kauft" (siehe oben Anm. 7), wer sein Klavier stimmen läßt, wer ein Souper „anmiethet", wer eine Auskunft von einem Auskunftsbureau einholt (Bl. f. R. 1901 Nr. 10 S. 95, Bürgel ebenda Nr. 11 S. 113). — Einzelne Arten des Werkvertrags sind reichsgesetzlich besonders geregelt. Vgl. über die Beförderung von Gütern und Personen HGB. §§ 425 ff., 453 ff., 556 ff., 664 ff.; Binnenschiffahrtsgesetz §§ 26 ff., Gesetz über das Auswanderungswesen vom 9. 6. 1897 §§ 22 ff., Postgesetz vom 28. 10. 1871 §§ 1 ff., über den Verlagsvertrag, Gesetz vom 19. 6. 1901 (ES. Bd. 76).

[18]) Siehe oben unter I, 1. S. 633.

[19]) Mit der Vornahme eines Rechtsgeschäfts wird stets ein bestimmter Zweck verfolgt. Durch jedes Rechtsgeschäft will der Handelnde irgend einen Erfolg herbeiführen. Zur Herbeiführung des gewünschten Erfolges kann er sich häufig verschiedener Rechtsgeschäfte bedienen. Will man feststellen, ob im einzelnen Falle ein Werkvertrag vorliegt, so genügt deshalb nicht die Feststellung, daß durch den Vertrag ein Erfolg herbeigeführt werden solle. Dann würde jeder Vertrag ein Werkvertrag sein. Es kommt vielmehr darauf an, ob gerade der (durch Arbeit oder Dienstleistung) herbeizuführende Erfolg zum

3. Jeder durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführende Erfolg kann Gegenstand des Werkvertrags sein. Ob der Erfolg auf sogenannten operae liberales oder illiberales beruht, ist nach dem BGB. gleichgültig[21]).

§ 173. Verpflichtungen des Unternehmers und des Bestellers.

I. Die einzige Verpflichtung, welche das Gesetz dem Unternehmer auferlegt, ist die Verpflichtung, das versprochene Werk herzustellen (§ 631 Abs. 1). § 631 Abs. 1.

1. Die Art der Herstellung richtet sich in erster Reihe nach den Vereinbarungen der Parteien und, wenn solche Vereinbarungen nicht getroffen sind, nach der Vorschrift des § 242. Hiernach ist z. B. die Frage zu beantworten, ob der Unternehmer zur persönlichen Herstellung des Werkes verpflichtet ist[1]). Bedient er sich befugter Weise bei der Herstellung des Werkes einer Hülfsperson, so haftet er für diese nach der Bestimmung des § 278[2]). Bedient er sich einer Hülfsperson in einem Falle, in dem er zur persönlichen Herstellung verpflichtet ist, so stellt das Werk nicht die geschuldete Leistung dar, der Besteller ist zur Abnahme und zur Entrichtung der Vergütung nicht verpflichtet, die Haftung des Unternehmers für die Zuziehung der Hülfsperson bestimmt sich

---

Gegenstande des Vertrags gemacht ist. Nur in diesem Falle liegt ein Werkvertrag vor. — Drei Damen wollen sich neue Jackets anschaffen. a. Die eine entnimmt ein fertiges Jacket aus einem Konfektionsgeschäfte. b. Die andere nimmt sich eine Mäntelschneiderin, die 3 M. für den Tag erhält, auf zwei Tage ins Haus, um sich von ihr ein Jacket anfertigen zu lassen. c. Die dritte bestellt bei einem Konfektionsschneider die Anfertigung eines Jackets. In allen drei Fällen ist derselbe Erfolg beabsichtigt: die Anschaffung eines Jackets. Zur Herbeiführung dieses Erfolges ist jedoch in jedem Falle ein anderes Rechtsgeschäft gewählt. Im Falle a ist Gegenstand des Vertrags die Eigenthumsverschaffung an der fertigen Sache gegen Zahlung eines Preises; es liegt ein Kaufvertrag vor. Im Falle b wird die Vergütung gezahlt für die zweitägige Arbeit, es liegt ein Dienstvertrag vor. Die Vergütung ist auch zu zahlen, wenn das Jacket ohne Schuld der Schneiderin in den zwei Tagen nicht fertig wird. Diese hat sich nur zur Arbeit verpflichtet. Nur der Fall c stellt einen Werkvertrag dar, weil allein in diesem Falle die durch die Arbeit des Schneiders herbeizuführende Herstellung des Jackets den Gegenstand des Vertrags bildet.

[20]) Die Uebertragung der Prozeßführung an einen Anwalt, der Behandlung eines Kranken an einen Arzt, stellt einen Dienstvertrag, nicht einen Werkvertrag dar. Gegenstand des Vertrags ist nicht die Herbeiführung einer Entscheidung, die Heilung des Kranken, sondern die Führung des Prozesses, die Behandlung des Kranken (Windscheid Pand. II § 404 Anm. 8, Planck Vorbem. II, 2 vor § 631, vgl. Prot. II S. 277). Auch beim Bühnenengagementsvertrag liegt ein Dienstvertrag vor. Allerdings bezweckt der Bühnenleiter mit dem Abschlusse des Vertrags, durch den Schauspieler dichterische Gestalten verkörpern zu lassen, aber die Vergütung wird nicht für die Herbeiführung dieses Erfolges gewährt, sondern für die künstlerische Thätigkeit, für das Spielen (anders Opet, deutsches Theaterrecht, Berlin 1897, S. 162 ff., 165, Oertmann Vorbem. 2, b vor § 631, vgl. Eccius II § 138 unter II). Dagegen ist z. B. ein Werkvertrag die Stellung einer Krankenpflegerin durch einen Verein solcher Pflegerinnen gegen Zahlung an den Verein. Hier wird die Vergütung nicht dafür gezahlt, daß der Verein den Kranken pflegt, sondern dafür, daß er für eine gewisse Zeit dem Kranken eine Pflegerin hält. — Eine wichtige praktische Bedeutung hat die Frage, ob Dienst- oder Werkvertrag vorliegt, für die Anwendung des § 888 Abs. 1 CPO., die im Falle der Verurtheilung zur Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrag ausgeschlossen ist. Ein Anwalt kann nicht zur Prozeßführung, ein Arzt nicht zur Krankenbehandlung, ein Schauspieler nicht zum Spielen durch Haft angehalten werden, auch wenn die Voraussetzungen des § 888 Abs. 1 vorliegen.

[21]) M. II S. 455—456, 472. Für das gemeine Recht vgl. Windscheid II § 404, für das preußische Recht §§ 920, 925 I, 11 ALR.

[1]) Siehe oben § 172 unter I, 3 a S. 635.

[2]) Siehe oben § 84 S. 323 ff.

nach dem § 276[3]). — Ob die zur Herstellung des Werkes erforderlichen Werkzeuge, Stoffe, Zuthaten der Unternehmer oder der Besteller zu liefern hat, ist in Ermangelung besonderer Vereinbarung gleichfalls nach den Umständen des einzelnen Falles und nach der Verkehrssitte zu beurtheilen[4]).

Für den Ort und die Zeit der Herstellung gelten die allgemeinen Vorschriften (§§ 269, 271).

§ 633 Abs. 1. 2. Der Unternehmer muß das Werk so herstellen, daß es die zugesicherten Eigenschaften hat und nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Werth oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern (§ 633 Abs. 1, vgl. § 459)[5]). Anders als beim Kaufe (§ 459 Abs. 1 S. 2) kommt hier auch eine unerhebliche Minderung des Werthes oder der Tauglichkeit in Betracht (vgl. § 634 Abs. 3)[6]). Hat das Werk eine zugesicherte Eigenschaft nicht oder ist es mit einem Fehler der gedachten Art behaftet, so liegt ein Mangel des Werkes im Sinne der §§ 633 Abs. 2 ff. vor.

3. Das hergestellte Werk hat der Unternehmer, soweit der Vertrag auf Herstellung oder Veränderung einer nicht im Gewahrsame des Bestellers befindlichen Sache gerichtet ist und nicht aus dem Vertrag ein Anderes hervorgeht[7]), dem Besteller abzuliefern[8]), d. h. er muß sie aus seiner Verfügungsgewalt

---

[3]) Siehe oben § 84 unter II, 3 d S. 325. — A. überträgt die Restaurierung eines ihm gehörigen Bildes eines alten Meisters dem Maler B. B. überläßt die Arbeit seinem Schüler C., in dessen Atelier das Bild durch ein ohne Schuld des C. entstandenes Feuer zerstört wird. Dann haftet B. dem A. für den entstandenen Schaden. — D. beauftragt den Rechtsanwalt E. mit der Erstattung eines Gutachtens über eine schwierige Rechtsfrage. E. läßt das Gutachten von dem Referendar F. ausarbeiten und übersendet es ohne jede eigene Prüfung dem D. Dieser ist zur Zahlung eines Honorars nicht verpflichtet. Der Unternehmer haftet nach § 278 auch dann, wenn er befugter Weise die ganze Ausführung des Werkes einem Dritten, einem Ersatzmann, überträgt. So zutreffend Riezler a. a. O. S. 107 ff. gegen Crome, die partiarischen Rechtsgeschäfte S. 293 ff., nach dem der Unternehmer in diesem Falle nur für culpa in eligendo und custodiendo haften soll.

[4]) a. Wenn Jemand einem Schuhmacher ein Paar Stiefel zum Besohlen giebt, so hat der Schuhmacher die für die Arbeit erforderlichen Werkzeuge zu stellen, das Leder und die nöthigen Zuthaten zu beschaffen. b. Nimmt Jemand einen Schreiber an, der in den Geschäftsräumen des Bestellers eine größere Abschrift herstellen soll, so hat der Besteller für Papier, Feder und Tinte zu sorgen. — c. Soll der Schreiber in seiner Wohnung arbeiten, so wird man im Zweifel auf Grund der Verkehrssitte annehmen müssen, daß der Besteller das Papier, der Schreiber Feder und Tinte zu liefern hat.

[5]) Siehe hierzu oben § 134 II, 2 S. 493 und über die Terminologie (Fehler, Mangel) ebenda Anm. 7 S. 494.

[6]) Vgl. Neumann Anm. 2b zu § 633.

[7]) Siehe oben S. 635 Anm. 13.

[8]) Das Gesetz enthält keine Vorschrift über die Ablieferungspflicht des Unternehmers (vgl. §§ 933, 936 I, 11 ALR.). Sie bildet auch nicht einen Theil der Herstellungspflicht (siehe oben S. 635 Anm. 13) und folgt auch nicht aus der Bestimmung des § 640 (so Oertmann Anm. 1b zu § 631). Daraus daß der Besteller, wenn der Unternehmer die Sache abliefert, zu deren Abnahme verpflichtet ist (siehe unten S. 642 unter 4), ergiebt sich nicht ohne weiteres, daß der Besteller einen Anspruch auf die Ablieferung, der Unternehmer eine Pflicht zur Ablieferung hat. Vielmehr ist es eine Frage der Auslegung des Vertrags, ob dem Besteller neben der Verpflichtung zur Herstellung des Werkes auch die Verpflichtung zur Ablieferung obliegt (§ 157). In den im Texte angegebenen Fällen wird dies regelmäßig der Fall sein, sodaß man die Ablieferungspflicht hier als Regel hinstellen kann. Wenn sich z. B. Jemand einen Anzug machen läßt oder ein Buch zum Einbinden giebt, so will er nicht nur, daß das Werk hergestellt, sondern auch, daß es ihm abgeliefert wird. Dies gilt als stillschweigend vereinbart. Vgl. Oertmann a. a. O., Planck Anm. 2 zu § 631, RG. Bd. 35 S. 137.

in die des Bestellers gelangen lassen[9]). Der Ort der Ablieferung bestimmt sich nach den §§ 269, 157, 242. Hiernach richtet sich auch insbesondere die Beantwortung der Frage, ob der Unternehmer verpflichtet ist, das hergestellte Werk dem Besteller zu überbringen[10]).

4. Die Herstellung des versprochenen Werkes ist eine Pflicht, kein Recht des Unternehmers[11]). Ein Anspruch auf die Herstellung steht ihm nur zu, wenn dies von den Parteien besonders vereinbart ist.

II. Der Besteller ist verpflichtet, die vereinbarte Vergütung zu entrichten (§ 631 Abs. 1) und das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen, sofern eine Abnahme möglich ist (§ 640 Abs. 1)[12]).

§ 631 Abs. 1.

1. Wesentlich für den Werkvertrag ist nur die Verpflichtung zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung[13]). Nicht von Bedeutung für das Vorliegen eines Werkvertrags ist es, ob die Vergütung in Geld oder in einer anderen Leistung[14]), ob sie in einer Pauschalsumme oder in anderer Art vereinbart ist[15]). Ob neben der für die Herstellung vereinbarten Vergütung noch eine besondere Vergütung für die Benutzung von Werkzeugen, die Lieferung von Zuthaten oder dergleichen zu entrichten ist, ist eine Frage der Auslegung der Vereinbarung (§ 242, vgl. §§ 645 Abs. 1 S. 1, 648 S. 2)[16].

---

[9]) Vgl. Staub Anm. 16 zu § 377.

[10]) Entscheidend ist hier meist die Verkehrssitte. Nach dieser haben z. B. die meisten Handwerker regelmäßig die von ihnen hergestellten oder ausgebesserten Sachen dem Besteller zu überbringen.

[11]) Daher kommt der Besteller im Falle des § 642 in Gläubiger-, nicht in Schuldner-Verzug. Vgl. auch Kuhlenbeck Anm. 4 zu § 631, Dernburg II § 322 I, 1.

[12]) Darüber, daß die Abnahme-Verpflichtung für den Werkvertrag nicht wesentlich ist, siehe oben S. 635 unter 3.

[13]) Siehe hierüber oben S. 634 unter 2.

[14]) Anders als beim Kaufvertrage; siehe oben § 128 I S. 469. Die Vergütung kann auch in einer Quote des Arbeitsprodukts selbst bestehen. Vgl. Crome, die partiarischen Rechtsgeschäfte, S. 252 ff. — Nicht klar ist die Bemerkung von Endemann (I § 174 I, 2 S. 787 Nr. 4), einer der Fälle, der für das Gebiet des Werkvertrags im Gegensatze zum Kaufvertrage zurückbleibe, sei der, in dem „zwar eine Vergütung versprochen wird, diese aber nicht in Geld besteht". Dies ist kein Kennzeichen für das Vorliegen eines Werkvertrags, denn daß bei diesem die Vergütung nicht in Geld bestehen könne, will wohl Endemann selbst nicht behaupten. Er führt als Beispiel den Vertrag an, nach dem „Jemand die Wegschaffung der in einer Straße stehenden Bäume gegen Empfang dieser selbst und ohne daß von einer Seite eine Geldzahlung erfolgen soll, übernimmt". Aber auch wenn für die Wegschaffung ausschließlich oder neben der Ueberlassung der Bäume eine Geldzahlung vereinbart wäre, würde ein Werkvertrag vorliegen. Verpflichtet sich der Wegschaffende, für die Ueberlassung der Bäume noch etwas zu zahlen, so bildet diese Zahlung nicht die von dem Besteller nach § 631 zu zahlende Vergütung; der Fall ist also nicht geeignet, ein Beispiel für die von Endemann aufgestellte Behauptung zu bilden. Uebrigens liegt auch in diesem Falle ein Werkvertrag vor, der mit einem Kaufvertrage verbunden ist. Das Wesentliche bleibt auch hier in erster Reihe die Wegschaffung der Bäume von der Straße (§ 631), nicht die Verschaffung des Eigenthums an den Bäumen (§ 433). Der Unternehmer verpflichtet sich, die Bäume wegzuschaffen, während der Besteller, als Vergütung hierfür, dem Unternehmer die Bäume zu einem mäßigen Preise überläßt.

[15]) Siehe oben S. 634 Anm. 9, Riezler a. a. O. S. 42.

[16]) Im Falle a der Anm. 4 S. 638 kann der Schuhmacher neben dem für das Besohlen vereinbarten Betrage für die Zuthaten oder die Benutzung der Werkzeuge nichts fordern. Im Falle c wird man nach der Verkehrssitte annehmen müssen, daß der Schreiber das von ihm gelieferte Papier besonders berechnen kann, nicht aber Tinte und Federn. Nach der Verkehrssitte bestimmt es sich z. B. auch in Ermangelung besonderer Vereinbarungen, inwieweit ein Schneider neben der Vergütung für die Herstellung (Façon) auch Ersatz der Zuthaten beanspruchen kann.

Wenn der Unternehmer das Werk anders herstellt oder wenn er mehr leistet als vereinbart ist, so kann er eine Vergütung nur nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag beanspruchen[17].

Ein Steigen der Arbeitslöhne oder des Preises der Materialien nach der Bestellung giebt dem Unternehmer weder ein Recht, eine Erhöhung der vereinbarten Vergütung zu verlangen[18], noch befreit es ihn von der Verpflichtung zur Leistung[19].

§ 632. 2. Ist eine Vergütung für die Herstellung des Werkes nicht vereinbart, so liegt ein Werkvertrag nicht vor[20]. Doch gilt eine Vergütung als stillschweigend vereinbart, wenn die Herstellung des Werkes den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist (§ 632 Abs. 1).

Ist zwar eine Vergütung vereinbart, deren Höhe aber nicht bestimmt, so ist beim Bestehen einer Taxe die taxmäßige, anderenfalls die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen (§ 632 Abs. 2)[21]. Maßgebend sind die Taxe und die Uebung, welche zur Zeit des Vertragschlusses bestehen. Nur diese können als vereinbart angesehen werden. Taxen, die später eingeführt, und Preise, die nach dem Vertragschluß üblich geworden sind, kommen nicht in Betracht.

§§ 641, 646. 3. Aus der Art der Verpflichtung des Unternehmers folgt, daß beim Werkvertrag eine Erfüllung Zug um Zug (Herstellung des Werkes gegen Entrichtung der Vergütung), wie sie bei gegenseitigen Verträgen als Regel vorgeschrieben ist (§ 320), meist nicht möglich ist. Der Unternehmer hat vorzuleisten, er hat zunächst das Werk herzustellen[22]. Erst nach[23] der Vollendung des Werkes ist die Vergütung zu entrichten (§§ 646, 641 Abs. 1 S. 1). Ist nach der Beschaffenheit des Werkes eine Abnahme möglich[24], so ist der Besteller noch später, nämlich erst bei der Abnahme zur Entrichtung der Vergütung verpflichtet (§ 641 Abs. 1 S. 1). Dagegen kann er Ablieferung des Werkes ohne Entrichtung der Vergütung nicht fordern. Wenn der Besteller eine in Geld festgesetzte Vergütung bei der Abnahme nicht zahlt, so hat er von der Abnahme an die Vergütung zu verzinsen, sofern sie nicht gestundet ist (§ 641 Abs. 2, vgl. § 452). Ist die in Geld festgesetzte Vergütung nach der Vollendung des Werkes zu entrichten (§ 646), so hat der Besteller Zinsen erst von dem Zeitpunkt an zu

---

[17]) Z. B. der Tapezier, der ein Zimmer tapezieren soll, nimmt eine teurere Tapete als verabredet ist, der Schneider nimmt zu dem anzufertigenden Ueberzieher seidenes statt des bestellten wollenen Futters, der Bauunternehmer führt Arbeiten aus, die in dem Bauplane nicht enthalten sind. Vgl M. II S. 493, Planck Anm. zu § 632 a. E.

[18]) Vgl. M. II S. 493 und ALR. I, 11 § 927. Dies gilt nicht nur, wie Dernburg II § 322 IV annimmt, bei einer Vergütung in Pausch und Bogen, sondern auch, wenn eine Vergütung im Einzelnen vereinbart ist.

[19]) Eine Unmöglichkeit der Leistung (§ 275) liegt nicht vor. Siehe oben § 85 Anm. 7 S. 332.

[20]) Siehe oben S. 634 unter 2.

[21]) Näheres über den Inhalt des § 632 siehe beim Dienstvertrag (oben § 168 S. 615 unter 4), für den eine gleichlautende Vorschrift gegeben ist (§ 612, vgl. auch §§ 653, 689, HGB. § 354 und oben § 95 Anm. 12 S. 369).

[22]) Nicht klar sind die Ausführungen der M. II S. 492, nach denen die Vorschrift des § 641 im Wesentlichen der des § 320 entsprechen soll. Da die Herstellung des Werkes die hauptsächliche Verpflichtung des Unternehmers darstellt (siehe oben S. 633 unter 1 und S. 637 unter I), bildet § 641 vielmehr eine Ausnahme von § 320.

[23]) Aus dem Wortlaute der §§ 646, 641 Abs. 1 S. 1 würde zu folgern sein, daß die Vergütung „bei" der Vollendung zu entrichten ist. Da dies in der Regel nicht ausführbar wäre, so muß man annehmen, daß „nach" der Vollendung gemeint ist.

[24]) Ueber die Abnahme siehe unten unter 4.

zahlen, von dem an er sich im Verzuge befindet (§ 288 Abs. 1)[25]. Unter einer doppelten Voraussetzung hat der Besteller die Vergütung schon vor der Abnahme beziehungsweise der Vollendung des ganzen Werkes zu entrichten, nämlich wenn einmal das Werk in Theilen abzunehmen oder, soweit eine Abnahme ausgeschlossen ist, in einzelnen selbständigen Theilen fertigzustellen ist, und wenn außerdem die Vergütung nicht für das ganze Werk, sondern für die einzelnen Theile bestimmt ist. Dann ist die Vergütung für jeden Theil bei dessen Abnahme beziehungsweise nach dessen Vollendung zu entrichten (§§ 641 Abs. 1 S. 2, 646)[26][27].

---

[25]) Die Vorschrift des § 641 Abs. 2, welche der für den Kauf im § 452 gegebenen Bestimmung entspricht, beruht darauf, daß der Besteller von dem Zeitpunkt an Zinsen zahlen soll, von dem er das Werk nutzen kann (vgl. M. II S. 493 und oben § 141 unter 1 S. 514). Dies ist von der Abnahme an regelmäßig der Fall, nicht aber immer von der Vollendung an. Auch hat zwar von ersterer, nicht aber von letzterer der Besteller regelmäßig Kenntniß. Nach dem Wortlaute des § 646, in dem der ganze § 641, also auch dessen Abs. 2, angezogen ist, wäre allerdings auch die nach der Vollendung des Werkes zu entrichtende Vergütung in Geld von der Vollendung an zu verzinsen. Es liegt jedoch nur eine offenbare, anscheinend dem Bundesrathe zur Last fallende, Ungenauigkeit der Fassung vor. Im E. I war im § 579 Nr. 1 ausdrücklich nur für Abs. 1 und 2 des § 573, nicht für den dem § 641 Abs. 2 BGB. entsprechenden Abs. 3, vorgeschrieben, daß die Vollendung an die Stelle der Abnahme treten soll. Bei der zweiten Lesung wurde der § 573 Abs. 3 gestrichen (vgl. Prot. II S. 320, E. II § 578, E. III § 631) und demgemäß in den an Stelle des § 579 Nr 1 E. I gesetzten § 582 E. II (§ 636 E. III) mit Recht der ganze § 578 E. II (§ 631 E. III, jetzige § 641) aufgenommen. Erst der Bundesrath hat den Abs. 3 des E. I wiederhergestellt (E. IV § 631 Abs. 2), dabei aber wohl übersehen, nunmehr auch im § 636 E. IV (jetzigen § 646) entsprechend dem § 579 Nr. 1 E. I vom § 631 E. IV (§ 641 BGB.) wieder nur den ersten Absatz anzuführen. Hiernach kann man trotz des Wortlauts des § 646 nicht annehmen, daß seine Vorschrift auch auf den Fall des § 641 Abs. 2 Anwendung finden soll, so daß es für diesen bei der Regel des § 288 Abs. 1 sein Bewenden hat. Wenn Jemand beim Tischler ein Spind bestellt, so hat er den Preis von der Abnahme des Spindes an zu verzinsen. Giebt Jemand bei einer Zeitung ein Inserat auf, so hat er die Gebühr nicht von der Ausgabe der das Inserat enthaltenden Zeitungsnummer an zu verzinsen, sondern erst von der Mahnung an.

[26]) Beide Voraussetzungen müssen vorliegen, wenn die Vorschrift des § 641 Abs. 1 S. 2 Anwendung finden soll. 1. A. übergiebt dem B. zwei Dutzend silberne Löffel zum Eingravieren des Namens gegen eine Vergütung von 5 Mk. für jedes Dutzend. Wenn B. nach zwei Wochen ein Dutzend liefert, so kann er Bezahlung hierfür noch nicht verlangen. Zwar ist die Vergütung für die einzelnen Theile bestimmt, aber A. ist zur Abnahme einzelner Theile nicht verpflichtet (§ 266). 2. Wäre für das Zeichnen der Löffel ein Gesammtpreis von 9 Mk. und Lieferung eines Dutzends nach einer Woche, des zweiten nach vier Wochen vereinbart, so hätte B. Bezahlung gleichfalls erst nach Lieferung des zweiten Dutzends zu beanspruchen, da hier zwar das Werk in Theilen abzunehmen, aber die Vergütung nicht für die einzelnen Theile bestimmt ist. 3. Anders wenn im Falle 2 eine Vergütung von 5 Mk. für jedes Dutzend vereinbart ist. Dann hat A. bei Lieferung eines jeden Dutzends 5 Mk. zu zahlen.

[27]) In den Fällen, in denen die Abnahme ausgeschlossen ist (§ 646), ist für die Anwendung des § 641 Abs. 1 S. 1 zu beachten, daß es nicht darauf ankommt, daß thatsächlich das Werk in Theilen vollendet wird, — dies wird regelmäßig der Fall sein —, sondern daß es vertragsmäßig in selbständigen Theilen fertigzustellen und daß gerade für diese Theile die Vergütung bestimmt ist. A. vereinbart mit B., daß er den Katalog seiner — des A. — Bibliothek durch Nachtragen der seit 3 Jahren angeschafften Bücher vervollständigen soll und zwar gegen eine Vergütung von 10 Pfennigen für jedes nachgetragene Buch. Hier kann B. Zahlung erst nach Vollendung des ganzen Werkes verlangen. Zwar vollendet er es naturgemäß in Theilen, aber der Vertrag ist ausschließlich auf Vollendung des ganzen Werkes gerichtet, nicht auf Vollendung in Theilen. Der Fall des § 641 Abs. 1 S. 2 liegt z. B. vor, wenn eine Gesellschaft für Volksbildung mit C. vereinbart, er solle an 20 verschiedenen Orten einen Vortrag über drahtlose Telegraphie gegen ein Honorar von 100 Mk. für jeden Vortrag halten. Dann kann C. nach dem Halten eines jeden Vortrags Zahlung von 100 Mk. fordern.

Wenn der Unternehmer das Werk anders herstellt oder wenn er mehr leistet als vereinbart ist, so kann er eine Vergütung nur nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag beanspruchen[17].

Ein Steigen der Arbeitslöhne oder des Preises der Materialien nach der Bestellung giebt dem Unternehmer weder ein Recht, eine Erhöhung der vereinbarten Vergütung zu verlangen[18], noch befreit es ihn von der Verpflichtung zur Leistung[19].

§ 632. 2. Ist eine Vergütung für die Herstellung des Werkes nicht vereinbart, so liegt ein Werkvertrag nicht vor[20]. Doch gilt eine Vergütung als stillschweigend vereinbart, wenn die Herstellung des Werkes den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist (§ 632 Abs. 1).

Ist zwar eine Vergütung vereinbart, deren Höhe aber nicht bestimmt, so ist beim Bestehen einer Taxe die taxmäßige, anderenfalls die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen (§ 632 Abs. 2)[21]. Maßgebend sind die Taxe und die Uebung, welche zur Zeit des Vertragschlusses bestehen. Nur diese können als vereinbart angesehen werden. Taxen, die später eingeführt, und Preise, die nach dem Vertragschluß üblich geworden sind, kommen nicht in Betracht.

§§ 641, 646. 3. Aus der Art der Verpflichtung des Unternehmers folgt, daß beim Werkvertrag eine Erfüllung Zug um Zug (Herstellung des Werkes gegen Entrichtung der Vergütung), wie sie bei gegenseitigen Verträgen als Regel vorgeschrieben ist (§ 320), meist nicht möglich ist. Der Unternehmer hat vorzuleisten, er hat zunächst das Werk herzustellen[22]. Erst nach[23]) der Vollendung des Werkes ist die Vergütung zu entrichten (§§ 646, 641 Abs. 1 S. 1). Ist nach der Beschaffenheit des Werkes eine Abnahme möglich[24], so ist der Besteller noch später, nämlich erst bei der Abnahme zur Entrichtung der Vergütung verpflichtet (§ 641 Abs. 1 S. 1). Dagegen kann er Ablieferung des Werkes ohne Entrichtung der Vergütung nicht fordern. Wenn der Besteller eine in Geld festgesetzte Vergütung bei der Abnahme nicht zahlt, so hat er von der Abnahme an die Vergütung zu verzinsen, sofern sie nicht gestundet ist (§ 641 Abs. 2, vgl. § 452). Ist die in Geld festgesetzte Vergütung nach der Vollendung des Werkes zu entrichten (§ 646), so hat der Besteller Zinsen erst von dem Zeitpunkt an zu

---

[17]) Z. B. der Tapezier, der ein Zimmer tapezieren soll, nimmt eine teurere Tapete als verabredet ist, der Schneider nimmt zu dem anzufertigenden Ueberzieher seidenes statt des bestellten wollenen Futters, der Bauunternehmer führt Arbeiten aus, die in dem Bauplane nicht enthalten sind. Vgl M. II S. 493, Planck Anm. zu § 632 a. E.

[18]) Vgl. M. II S. 493 und ALR. I, 11 § 927. Dies gilt nicht nur, wie Dernburg II § 322 IV annimmt, bei einer Vergütung in Pausch und Bogen, sondern auch, wenn eine Vergütung im Einzelnen vereinbart ist.

[19]) Eine Unmöglichkeit der Leistung (§ 275) liegt nicht vor. Siehe oben § 85 Anm. 7 S. 332.

[20]) Siehe oben S. 634 unter 2.

[21]) Näheres über den Inhalt des § 632 siehe beim Dienstvertrag (oben § 168 S. 615 unter 4), für den eine gleichlautende Vorschrift gegeben ist (§ 612, vgl. auch §§ 653, 689, HGB. § 354 und oben § 95 Anm. 12 S. 369).

[22]) Nicht klar sind die Ausführungen der M. II S. 492, nach denen die Vorschrift des § 641 im Wesentlichen der des § 320 entsprechen soll. Da die Herstellung des Werkes die hauptsächliche Verpflichtung des Unternehmers darstellt (siehe oben S. 633 unter 1 und S. 637 unter 1), bildet § 641 vielmehr eine Ausnahme von § 320.

[23]) Aus dem Wortlaute der §§ 646, 641 Abs. 1 S. 1 würde zu folgern sein, daß die Vergütung „bei“ der Vollendung zu entrichten ist. Da dies in der Regel nicht ausführbar wäre, so muß man annehmen, daß „nach“ der Vollendung gemeint ist.

[24]) Ueber die Abnahme siehe unten unter 4.

zahlen, von dem an er sich im Verzuge befindet (§ 288 Abs. 1)[25]. Unter einer doppelten Voraussetzung hat der Besteller die Vergütung schon vor der Abnahme beziehungsweise der Vollendung des ganzen Werkes zu entrichten, nämlich wenn einmal das Werk in Theilen abzunehmen oder, soweit eine Abnahme ausgeschlossen ist, in einzelnen selbständigen Theilen fertigzustellen ist, und wenn außerdem die Vergütung nicht für das ganze Werk, sondern für die einzelnen Theile bestimmt ist. Dann ist die Vergütung für jeden Theil bei dessen Abnahme beziehungsweise nach dessen Vollendung zu entrichten (§§ 641 Abs. 1 S. 2, 646)[26][27].

---

[25]) Die Vorschrift des § 641 Abs. 2, welche der für den Kauf im § 452 gegebenen Bestimmung entspricht, beruht darauf, daß der Besteller von dem Zeitpunkt an Zinsen zahlen soll, von dem er das Werk nutzen kann (vgl. M. II S. 493 und oben § 141 unter 1 S. 514). Dies ist von der Abnahme an regelmäßig der Fall, nicht aber immer von der Vollendung an. Auch hat zwar von ersterer, nicht aber von letzterer der Besteller regelmäßig Kenntniß. Nach dem Wortlaute des § 646, in dem der ganze § 641, also auch dessen Abs. 2, angezogen ist, wäre allerdings auch die nach der Vollendung des Werkes zu entrichtende Vergütung in Geld von der Vollendung an zu verzinsen. Es liegt jedoch nur eine offenbare, anscheinend dem Bundesrathe zur Last fallende, Ungenauigkeit der Fassung vor. Im E. I war im § 579 Nr. 1 ausdrücklich nur für Abs. 1 und 2 des § 573, nicht für den dem § 641 Abs. 2 BGB. entsprechenden Abs. 3, vorgeschrieben, daß die Vollendung an die Stelle der Abnahme treten soll. Bei der zweiten Lesung wurde der § 573 Abs. 3 gestrichen (vgl. Prot. II S. 320, E. II § 578, E. III § 631) und demgemäß in den an Stelle des § 579 Nr 1 E. I gesetzten § 582 E. II (§ 636 E. III) mit Recht der ganze § 578 E. II (§ 631 E. III, jetzige § 641) aufgenommen. Erst der Bundesrath hat den Abs. 3 des E. I wiederhergestellt (E. IV § 631 Abs. 2), dabei aber wohl übersehen, nunmehr auch im § 636 E. IV (jetzigen § 646) entsprechend dem § 579 Nr. 1 E. I vom § 631 E. IV (§ 641 BGB.) wieder nur den ersten Absatz anzuführen. Hiernach kann man trotz des Wortlauts des § 646 nicht annehmen, daß seine Vorschrift auch auf den Fall des § 641 Abs. 2 Anwendung finden soll, so daß es für diesen bei der Regel des § 288 Abs. 1 sein Bewenden hat. Wenn Jemand beim Tischler ein Spind bestellt, so hat er den Preis von der Abnahme des Spindes an zu verzinsen. Giebt Jemand bei einer Zeitung ein Inserat auf, so hat er die Gebühr nicht von der Ausgabe der das Inserat enthaltenden Zeitungsnummer an zu verzinsen, sondern erst von der Mahnung an.

[26]) Beide Voraussetzungen müssen vorliegen, wenn die Vorschrift des § 641 Abs. 1 S. 2 Anwendung finden soll. 1. A. übergiebt dem B. zwei Dutzend silberne Löffel zum Eingravieren des Namens gegen eine Vergütung von 5 Mk. für jedes Dutzend. Wenn B. nach zwei Wochen ein Dutzend liefert, so kann er Bezahlung hierfür noch nicht verlangen. Zwar ist die Vergütung für die einzelnen Theile bestimmt, aber A. ist zur Abnahme einzelner Theile nicht verpflichtet (§ 266). 2. Wäre für das Zeichnen der Löffel ein Gesammtpreis von 9 Mk. und Lieferung eines Dutzends nach einer Woche, des zweiten nach vier Wochen vereinbart, so hätte B. Bezahlung gleichfalls erst nach Lieferung des zweiten Dutzends zu beanspruchen, da hier zwar das Werk in Theilen abzunehmen, aber die Vergütung nicht für die einzelnen Theile bestimmt ist. 3. Anders wenn im Falle 2 eine Vergütung von 5 Mk. für jedes Dutzend vereinbart ist. Dann hat A. bei Lieferung eines jeden Dutzends 5 Mk. zu zahlen.

[27]) In den Fällen, in denen die Abnahme ausgeschlossen ist (§ 646), ist für die Anwendung des § 641 Abs. 1 S. 1 zu beachten, daß es nicht darauf ankommt, daß thatsächlich das Werk in Theilen vollendet wird, — dies wird regelmäßig der Fall sein —, sondern daß es vertragsmäßig in selbständigen Theilen fertigzustellen und daß gerade für diese Theile die Vergütung bestimmt ist. A. vereinbart mit B., daß er den Katalog seiner — des A. — Bibliothek durch Nachtragen der seit 3 Jahren angeschafften Bücher vervollständigen soll und zwar gegen eine Vergütung von 10 Pfennigen für jedes nachgetragene Buch. Hier kann B. Zahlung erst nach Vollendung des ganzen Werkes verlangen. Zwar vollendet er es naturgemäß in Theilen, aber der Vertrag ist ausschließlich auf Vollendung des ganzen Werkes gerichtet, nicht auf Vollendung in Theilen. Der Fall des § 641 Abs. 1 S. 2 liegt z. B. vor, wenn eine Gesellschaft für Volksbildung mit C. vereinbart, er solle an 20 verschiedenen Orten einen Vortrag über drahtlose Telegraphie gegen ein Honorar von 100 Mk. für jeden Vortrag halten. Dann kann C. nach dem Halten eines jeden Vortrags Zahlung von 100 Mk. fordern.

§ 640 Abs. 1. 4. Der Besteller ist ferner verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen, sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist (§ 640 Abs. 1).

a) Voraussetzung für die Abnahmepflicht ist, daß das Werk vertragsmäßig hergestellt ist. Ist dies nicht der Fall, so braucht der Besteller das Werk nicht abzunehmen und zwar regelmäßig auch dann nicht, wenn der Mangel den Werth oder die Tauglichkeit des Werkes nur unerheblich mindert[28]. Nur in einem Falle ist der Besteller zur Abnahme eines mangelhaften Werkes verpflichtet, wenn nämlich der Unternehmer berechtigt ist, die Beseitigung des Mangels zu verweigern (§ 633 Abs. 2 S. 2) und wenn gleichzeitig die Wandelung ausgeschlossen ist (§ 634 Abs. 3) und ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung (§ 635) nicht besteht, so daß der Besteller nur Minderung verlangen kann[29].

b) Das vertragsmäßig hergestellte Werk muß der Besteller abnehmen, d. h. er muß den Unternehmer von dem Besitze des Werkes befreien und dieses in seine eigene Verfügungsgewalt übernehmen[30]. Die Abnahme ist grundsätzlich ein rein thatsächlicher Akt, sie hat an sich keine rechtsgeschäftliche Bedeutung. Insbesondere enthält sie weder ihrer Natur nach eine Anerkennung, daß das abgenommene Werk vertragsmäßig hergestellt sei, zumal dem Besteller eine Pflicht zur Prüfung der Vertragsmäßigkeit des Werkes nicht obliegt[31], noch kommt ihr mit Nothwendigkeit auch nur die Bedeutung der Annahme als Erfüllung im Sinne und mit der Wirkung des § 363 zu. Ob im einzelnen Falle der Besteller durch die Abnahme die Vertragsmäßigkeit des Werkes anerkennt oder doch wenigstens das Werk als Erfüllung annimmt, ist eine Frage der Auslegung der Vorgänge bei der Abnahme[32]. Grundsätzlich besteht die Verpflichtung zur

---

[28]) Vgl. E. I § 572 S. 2 und Prot. II S. 315 X.

[29]) An sich ist der Besteller nach § 640 Abs. 1 nur zur Abnahme des völlig mangelfreien Werkes verpflichtet. Wenn er aber, wie es in dem im Texte angeführten Falle zutrifft, wegen des Mangels nichts anderes als Herabsetzung der Vergütung verlangen kann, so muß er auch zur Abnahme des mangelhaften Werkes verpflichtet sein. Vgl. hierzu oben § 96 Anm. 12 und 13 S. 373 und 374, wobei aber zu beachten ist, daß auf die Abnahme § 320 nicht Anwendung findet, weil sie zur Herstellung des Werkes nicht im Verhältnisse von Leistung und Gegenleistung steht (s. oben § 98 Anm. 34 S. 385; a. M. Neumann Anm. 2 zu § 640, vgl. auch Planck Anm. 2 zu § 640).

[30]) Siehe oben § 141 unter 4 S. 515.

[31]) Für das Handelsrecht vgl. §§ 377 Abs. 1, 381 Abs. 2 HGB.

[32]) A., der sich am 1. October eine neue Wohnung einrichten will, bestellt im April bei B. einen Smyrna-Teppich von bestimmter Größe und in bestimmten Farben, der ihm am 4. October in die neue Wohnung geliefert werden soll. 1. B. läßt dem A. bereits am 15. September den Teppich verpackt durch einen Spediteur zugehen. A. nimmt das Packet an, öffnet es aber erst nach dem Umzug und findet, daß der Teppich ein halbes Meter zu kurz und daß er nicht in den bestellten Farben ausgeführt ist. — 2. Am 4. October überbringt der Arbeiter C. dem A. ein Packet mit der Bestellung, er bringe den bei B. bestellten Teppich, worauf A., der gerade sehr beschäftigt ist, erwidert: es ist gut, legen Sie das Packet nur hin. Nachher ergeben sich die zu 1 erwähnten Mängel. — 3. C. bestellt bei der Ueberbringung des Teppichs, A. möchte sich den Teppich ansehen, er sei nicht ganz der Bestellung entsprechend geworden. A. erklärt darauf: Es ist schon gut, lassen Sie den Teppich nur hier. — Im Falle 1 liegt eine bloße Abnahme vor, nicht auch eine Annahme als Erfüllung. A. hat eine Erklärung, daß er den Teppich als Erfüllung annehme, weder ausdrücklich noch stillschweigend abgegeben. B. hat zu beweisen, daß er vertragsmäßig geliefert hat (siehe auch oben § 104 Anm. 11 S. 406). Im Falle 2 liegt in der Abnahme gleichzeitig die Annahme als Erfüllung, da A. den als den bestellten angebotenen Teppich als solchen angenommen hat. A. hat das Vorhandensein der Mängel zu beweisen (§ 363). Eine Anerkennung der Vertragsmäßigkeit des Teppichs liegt nicht vor. Die Annahme als Erfüllung enthält nur das Anerkenntniß, daß der Schuldner die

Abnahme nur in der Verpflichtung zur Uebernahme des Werkes in die eigene Verfügungsgewalt. Dem Unternehmer steht danach wohl ein klagbarer Anspruch gegen den Besteller auf Abnahme, d. h. auf thatsächliche Uebernahme des Werkes zu, nicht aber auf Prüfung und Billigung oder auf Annahme des Werkes als Erfüllung[33] [34]).

Leistung als die vertragsmäßige bewirkt habe, nicht aber das Anerkenntniß, daß sie wirklich vertragsmäßig sei (vgl. hierzu Schollmeyer Anm. 2a zu § 363, Schöller, die Folgen schuldhafter Nichterfüllung, bei Gruchot Bd. 46 S. 38). — Im Falle 3 fallen Abnahme, Annahme als Erfüllung und Billigung des gelieferten Werkes zusammen. Wenn A. trotz der Aufforderung, den Teppich anzusehen, da er von der Bestellung abweiche, erklärt, daß er den Teppich ohne Prüfung behalte, so liegt hierin die Erklärung, den Teppich als das vertragsmäßig hergestellte Werk annehmen zu wollen.

[33]) Unter den Voraussetzungen des § 256 CPO. kann der Unternehmer auf Feststellung der Vertragsmäßigkeit des gelieferten Werkes klagen. Ein Anspruch auf Prüfung und Billigung besteht beim Werkvertrag ebensowenig wie bei anderen Verträgen (A. M. Dernburg II § 322 II). Der Besteller ist nur gemäß § 368 zur Ertheilung einer Quittung verpflichtet.

[34]) Darüber, was unter Abnahme im Sinne der Vorschriften über den Werkvertrag (§§ 638 Abs. 1 S. 2, 640, 641, 644 Abs. 1, 645 Abs. 1, 646) zu verstehen sei, herrscht lebhafter Streit. Einigkeit besteht unter den Schriftstellern, soweit ersichtlich, nur darüber, daß in den verschiedenen Vorschriften unter „Abnahme" nicht etwas Verschiedenes zu verstehen, daß vielmehr in dem ganzen Titel über den Werkvertrag der Begriff der Abnahme der gleiche sei wie in der grundlegenden Bestimmung des § 640 Abs. 1, welche die Verpflichtung des Bestellers zur Abnahme festsetzt (vgl. z. B. Schöller bei Gruchot Bd. 46 S. 36—37). Im Uebrigen geht die eine, auch hier vertretene, Ansicht dahin, daß Abnahme die rein thatsächliche Uebernahme der Verfügungsgewalt bedeute (so auch Dernburg II § 318 II, 1, § 322 II, Neumann Anm. 1 zu § 640, Cosack I § 148 I, 3 S. 521, § 127 II, 9 S. 431); nach einer zweiten, die man als die überwiegende bezeichnen kann, ist Abnahme beim Werkvertrage mit Annahme als Erfüllung im Sinne des § 363 gleichbedeutend (so Planck Anm. 1 zu § 640, Endemann I § 174 II, 3 S. 791, Kuhlenbeck Anm. 1 zu § 640, Schöller bei Gruchot Bd. 46 S. 36 ff., Lehmann in der DJZ. 1902 No. 21 S. 491 ff.); eine dritte geht anscheinend noch weiter und versteht unter Abnahme reale Uebernahme und Billigung, Anerkennung der Vertragsmäßigkeit des Werkes (Oertmann Anm. 1 zu § 640, Fischer-Henle Anm. 1 zu § 640, Leske § 81 IV S. 263, Riezler a. a. O. S. 135). Hierzu ist Folgendes zu bemerken: 1. Nach dem allgemeinen Sprachgebrauche hat das Wort „abnehmen" verschiedene Bedeutungen. Man bedient sich des Wortes zunächst in dem ursprünglichen Sinne des bloßen Wegnehmens (z. B. von einem Topfe den Deckel abnehmen), verbindet dann aber auch mit dem Wegnehmen das Ansichnehmen (z. B. Jemandem eine Sache, die er trägt, abnehmen, d. h. um sie selbst zu tragen). Wird die Sache, die man von einem Anderen übernimmt, abnimmt, von diesem geschuldet, so versteht man unter Abnahme bisweilen die Uebernahme nach Prüfung und Feststellung, ob die zu übernehmende Sache auch die geschuldete ist, so daß in der Abnahme gleichzeitig die Anerkennung der Vertragsmäßigkeit der abgenommenen Sache liegt. Endlich aber hat das Wort in gewissen Fällen nur noch die Bedeutung der Anerkennung der vorschriftsmäßigen Herstellung nach vorhergegangener Prüfung. So insbesondere in öffentlichrechtlichen Verhältnissen, z. B. die polizeiliche „Abnahme" eines Baues, einer Eisenbahn. Dagegen besteht ein Sprachgebrauch nicht, nach dem man unter „Abnahme" die Annahme als Erfüllung im Sinne des § 363 versteht, d. h. die Annahme der Leistung als der geschuldeten, welche nur die Umkehrung der Beweislast zur Folge hat, nicht die Anerkennung der Vertragsmäßigkeit. Hieraus ergiebt sich, daß schon sprachgebräuchlich die Abnahme hier nur im Sinne der thatsächlichen Uebernahme oder der Uebernahme nach Prüfung und Billigung in Betracht kommen kann, da es ausgeschlossen ist, unter Abnahme im Sinne der §§ 638 ff. die bloße stets mögliche Billigung des Werkes zu verstehen (vgl. z. B. § 640 Abs. 1). Aber auch die Uebernahme unter Billigung des Werkes kann nicht in Frage kommen, wie allein die Vorschrift des § 638 Abs. 1 S. 2 ergiebt, nach der anderenfalls der Beginn der Verjährung von dem Besteller durch Verzögerung der Billigung willkürlich hinausgeschoben werden könnte (vgl. Cosack a. a. O.). Ferner geht aus der Bestimmung des § 640 Abs. 2 hervor, daß die Abnahme im Sinne des Gesetzes keineswegs eine Billigung enthält, da danach eine Abnahme trotz Kenntniß und Rüge von Mängeln möglich ist. — 2. Auch nach dem Sprachgebrauche des BGB. bedeutet Abnahme die rein thatsächliche Uebernahme.

c) Eine Verpflichtung zur Abnahme besteht nicht, wenn nach der Beschaffenheit des Werkes die Uebernahme in die Verfügungsgewalt des Bestellers ausgeschlossen ist (§ 640 Abs. 1), so z. B. beim Inseratenvertrage, der Veranstaltnng eines Konzerts, der Besorgung eines Geschäfts[35]).

d) Die Kosten der Abnahme hat der Besteller zu tragen, da es sich um Erfüllung einer ihm obliegenden Verpflichtung handelt[36]).

III. Sowohl dem Unternehmer wie dem Besteller sind häufig neben den zu I und II erwähnten Verpflichtungen noch Nebenverpflichtungen auferlegt. Oft ergeben sich solche Nebenverpflichtungen für die eine oder andere Partei aus den Umständen des einzelnen Falles oder aus der Verkehrssitte[37]), so z. B. für den Unternehmer die Verpflichtung zur Anfertigung von Kostenanschlägen und Zeichnungen, zur Lieferung von Geräthschaften, Werkzeugen, Stoffen[38]). Ob der Unternehmer verpflichtet ist, den vom Besteller gelieferten Stoff zu prüfen und den Besteller auf Fehler des Stoffes sowie auf das Unsachgemäße der von ihm für die Herstellung des Werkes ertheilten Anweisungen aufmerksam zu machen, ist gleichfalls nach den Umständen des einzelnen Falles zu beurtheilen (§ 242). Die Beantwortung der Frage wird in erster Reihe davon abhängen, ob der Unternehmer oder der Besteller der Sachverständige ist[39]). Den vom Besteller gelieferten Stoff hat der Unternehmer, soweit er ihn nicht verwendet, zurückzuliefern. — Eine besondere Vergütung kann der Besteller für die Erfüllung von Nebenverpflichtungen regelmäßig nicht fordern, wenn sie nicht besonders ausbedungen ist[40])[41]).

Für die §§ 433 Abs 2, 448 Abs. 1 ist dies außer Zweifel (Prot. II S. 53—54, S. 317, oben § 141 S. 515 unter 4). Daß dasselbe Wort an einer anderen Stelle des Gesetzes eine andere Bedeutung habe, ist nicht anzunehmen. Die Absicht der zweiten Kommission, der Abnahme in den Vorschriften über den Werkvertrag eine andere Bedeutung zu geben als in denen über den Kaufvertrag (Prot. II S. 317), ist nicht zur Ausführung gelangt. 3. Wollte man unter Abnahme die Annahme als Erfüllung verstehen, so hätte die Vorschrift des § 640 die Bedeutung, daß der Besteller verpflichtet ist, das vertragsmäßig hergestellte Werk körperlich zu übernehmen und diese Uebernahme so zu bewirken, daß sie eine Annahme des Werkes als Erfüllung (§ 363) enthält (vgl. Planck Anm. 1, b zu § 640). Eine solche Vorschrift wäre nicht verständlich. Durch die Abnahme des vertragsmäßig hergestellten Werkes erlischt die Verpflichtung des Unternehmers (§ 362). Was sollte es demgegenüber bedeuten, daß der Besteller das vertragsmäßig hergestellte Werk nur als Erfüllung im Sinne des § 363 anzunehmen brauche? Wenn das Werk vertragsmäßig hergestellt ist, so bedarf es keiner Regelung der Beweislast dafür, daß es nicht vertragsmäßig hergestellt ist. Das Gesetz bestimmt nicht — hierauf kommt die herrschende Auslegung hinaus —: Die Abnahme des Werkes gilt als Annahme als Erfüllung, es bestimmt vielmehr nur: Der Besteller ist verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen. Der Zweck des Gesetzes ist beim Werkvertrage (wie beim Kaufvertrag) allein der, dem Besteller die Verpflichtung aufzuerlegen, den Unternehmer von dem Werke zu befreien.

[35]) Siehe auch oben S. 635 Anm. 13.

[36]) So zutreffend Neumann Anm. 3 zu § 640, Anm. 3 zu § 242. — Vgl. BGB. § 448 Abs. 1.

[37]) Siehe oben S. 638 Anm. 4 und insbesondere Planck Anm. 2 und 3 zu § 631. Anm. 3c zu § 611.

[38]) Planck (Anm. 3c zu § 611) weist zutreffend darauf hin, daß, wenn der Besteller z. B. die Geräthschaften zu beschaffen hat, es sich regelmäßig nicht um eine Verpflichtung des Bestellers, sondern um dessen Mitwirkung bei der Erfüllung handelt. Beschafft er die Geräthschaften nicht rechtzeitig, so liegt Gläubiger-, nicht Schuldnerverzug vor.

[39]) Vgl. M. II S. 485—486.

[40]) Oertmann Anm. 3 zu § 631, siehe jedoch oben S. 639 Anm. 16.

[41]) Nach Dernburg II § 322 III (gegen Cosack I § 148 III, 4) hat der Besteller eine gewisse Fürsorgepflicht, wenn der Unternehmer in den Räumen des Bestellers arbeitet. Wenn die bei A. beschäftigte Näherin B. erkrankt, weil das Arbeitszimmer nicht geheizt

§ 174. Rechte wegen Mängel des Werkes.

Der Unternehmer hat dafür einzustehen, daß das Werk ohne Mängel hergestellt wird (§ 631 Abs. 1)[1]. Ist das Werk mangelhaft, so steht dem Besteller, abgesehen von der Befugniß, die Abnahme des nicht vertragsmäßig hergestellten Werkes abzulehnen (§ 640 Abs. 1) und die ihm obliegende Leistung zu verweigern (§ 320), grundsätzlich nur das Recht zu, die Beseitigung des Mangels zu verlangen (§ 633 Abs. 2 S. 1)[2]. Erst wenn der Unternehmer mit der Beseitigung des Mangels im Verzug ist oder wenn er den Mangel in der nach § 634 bestimmten Frist nicht beseitigt hat, steht endgültig fest, daß der Unternehmer nicht vertragsmäßig erfüllt hat, erst dann kann der Besteller Ersatz der für die Beseitigung erforderlichen Aufwendungen beziehungsweise Wandelung, Minderung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen (§§ 633 Abs. 3, 634 Abs. 1, 635). Die Gewährleistungspflicht ist also beim Werkvertrag anders als beim Kaufe geregelt, bei welchem dem Käufer sogleich der Anspruch auf Wandelung, Minderung oder Schadensersatz zusteht, während der Anspruch auf Beseitigung eines Mangels der Sache ausgeschlossen ist[3]. — Im Einzelnen ist folgendes zu bemerken: **§ 633 Abs. 2, 3.**

1. Der Anspruch auf Beseitigung des Mangels bildet die Grundlage für alle anderen Gewährleistungsansprüche des Bestellers. Ohne diesen Anspruch besteht für ihn auch kein Recht auf Wandelung, Minderung oder Schadensersatz[4]. Ebenso wie die Gewährleistungsansprüche beim Kaufe ist beim Werkvertrage der Anspruch des Bestellers auf Beseitigung des Mangels von einem Verschulden des Unternehmers nicht abhängig[5]. Er besteht auch dann, wenn der Mangel den Werth oder die Tauglichkeit des Werkes nur unerheblich mindert[6]. An eine Frist ist die Geltendmachung des Anspruchs nicht gebunden (vgl. jedoch § 638). Nur in einem Falle steht dem Unternehmer eine Einrede gegen den Anspruch auf Beseitigung des Mangels zu. Er kann die Beseitigung verweigern, wenn sie einen unverhältnißmäßigen Aufwand erfordert (§ 633 Abs. 2 S. 2)[7]. Die Beweislast dafür, daß diese Voraussetzung vorliegt, trifft den Unternehmer.

2. Der Besteller kann den Anspruch auf Beseitigung des Mangels im

---

war, so soll nach Cosack A. haftpflichtig sein, wenn die B. gegen einen Tagelohn bestellt war (Dienstvertrag), dagegen nicht, wenn die B. ein Gesellschaftskleid für einen festen Satz fertigen sollte (Werkvertrag). Nach Dernburg haftet A. auch in letzterem Falle nach § 276. Aus § 276 ist die Frage nicht zu entscheiden (siehe oben § 84 S. 318 ff). Eine Fürsorgepflicht besteht beim Werkvertrag in Ermangelung einer dem § 618 entsprechenden Vorschrift nicht. A. haftet hier nur nach Maßgabe des § 823. (Vgl. die Ausführungen über § 618 oben § 170 S. 624 Anm. 27.)

[1]) Siehe oben § 173 unter I, 2, S. 638.

[2]) Unzutreffend erscheint es, davon zu sprechen, daß dem Besteller neben dem Anspruch auf Beseitigung des Mangels (§ 633 Abs. 2) noch das Recht auf Fristsetzung nach § 634 zusteht (so z. B. Planck Anm. 1 zu § 634). Der § 634 Abs. 1 gewährt nicht ein weiteres selbständiges Recht neben dem des § 633 Abs. 3, sondern enthält nur eine Ausgestaltung des Rechtes auf Beseitigung des Mangels.

[3]) Siehe oben § 135 Anm. 2 S. 495. — Wenn sich Jemand in einem Konfektionsgeschäft einen Anzug vom Lager kauft, so kann er, wenn der Anzug einen Mangel hat, nur wandeln, mindern oder Schadensersatz, nicht aber Aenderung des Anzugs verlangen. Hat er sich den Anzug anfertigen lassen, so kann er umgekehrt nur Aenderung fordern und die anderen Rechte erst unter den im Texte angegebenen Voraussetzungen geltend machen.

[4]) Siehe jedoch unten Anm. 18 S. 648.

[5]) Siehe oben § 134 unter II, 4 S. 494.

[6]) Siehe oben § 173 Anm. 6 S. 638.

[7]) Die M. II S. 481—482 führen als Beispiel an, daß die Aenderung eines Baues den Unternehmer zu einem ganz unverhältnißmäßigen Kostenaufwande nöthigen würde.

Wege der Klage geltend machen. Dann ist er berechtigt, nach rechtskräftiger Verurtheilung des Unternehmers und nach Bestimmung einer Frist zur Beseitigung des Mangels gemäß § 283 Schadensersatz wegen Nichtbeseitigung des Mangels zu fordern[8]). Will er diesen Weg nicht einschlagen, so stehen ihm zwei weitere Wege offen, je nachdem es ihm auf die Beseitigung des Mangels ankommt oder nicht. Im ersteren Falle muß er zunächst den Unternehmer in Ansehung der Beseitigung des Mangels in Verzug setzen (§ 284)[9]). Ist der Unternehmer mit der Beseitigung im Verzuge, so ist der Besteller berechtigt, den Mangel selbst zu beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen zu verlangen (§ 633 Abs. 3). Er ist nicht verpflichtet, die Beseitigung durch sich selbst dem Unternehmer vorher anzudrohen und er kann die selbständige Beseitigung auch vornehmen, wenn ihr der Unternehmer nach Eintritt des Verzugs unter dem Erbieten widerspricht, den Mangel nunmehr selbst zu beseitigen[10]). Beseitigt der Besteller den Mangel selbst, bevor er den Unternehmer in Verzug gesetzt hat, so kann er nicht ohne weiteres Ersatz der gemachten erforderlichen

---

[8]) Wenn der Besteller diesen Weg wählt, so erhält er sich die Möglichkeit, auch noch nach Verjährung des Anspruchs auf Wandelung, Minderung und Schadensersatz wegen Nichterfüllung wenigstens Schadensersatz wegen Nichtbeseitigung des Mangels zu verlangen. Auf Grund einer zum Theil unzutreffenden, zum Theil anscheinend mißverstandenen Stelle der Motive ist ein Streit darüber entstanden, ob dem Besteller neben den Rechten aus den §§ 633 Abs. 3 ff. noch die Rechte aus den allgemeinen Vorschriften der §§ 323 ff. zustehen. (So Planck Vorbem. 4 vor §§ 633—639, Anm. 1 zu § 631, Oertmann Anm. 2c zu § 633, Endemann I § 174 Anm. 32, 33, Kuhlenbeck Anm. 2 zu § 633, Fischer-Henle Anm. 3 zu § 633, dagegen Schöller in Gruchot Bd. 46 S. 255 ff.) Nach den M. II S. 482, 487 kann der Besteller trotz der Vorschrift des § 634 zunächst auf Beseitigung des Mangels klagen und nach rechtskräftiger Verurtheilung des Unternehmers nach §§ 283, 325 Abs. 2 vorgehen. Dies sei von praktischer Bedeutung für den Fall der Verjährung der Ansprüche auf Wandelung, Minderung und Schadensersatz. Hier ist nicht gesagt, daß die Vorschriften der §§ 323 ff. allgemein trotz § 634 Anwendung finden sollen, es ist vielmehr nur von der Anwendung der Bestimmungen über die Nichtleistung nach rechtskräftiger Verurtheilung die Rede. Daß der Besteller auf Beseitigung des Mangels klagen und demnächst die Rechte aus § 283 geltend machen kann, wird nicht zu bestreiten sein, da etwas Entgegengesetztes nicht bestimmt ist. Dagegen können die §§ 325, 326, und damit auch § 325 Abs. 2, deshalb nicht zur Anwendung kommen, weil die Beseitigung des Mangels kein Aequivalent für die Leistung des Bestellers darstellt (siehe oben § 97 S. 374, § 98 S. 385). Sie ist keine ursprüngliche Verpflichtung aus dem Vertrage, sondern stellt sich bereits als Gewährleistungspflicht dar (so zutreffend Schöller a. a. O. S. 256—257). Daraus folgt, daß der Besteller im Falle des § 283 nur Schadensersatz wegen Nichtbeseitigung des Mangels verlangen, nicht aber nach § 325 Abs. 2, Abs. 1 vom Vertrage zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrags fordern kann. Aus demselben Grunde finden auch nicht von vornherein, ohne Klage und rechtskräftige Verurtheilung, neben den §§ 633 Abs. 2, 634 die §§ 323 ff. und im Falle des Verzugs mit der Beseitigung nicht § 326 Anwendung. Dies auch deshalb nicht, weil die Anwendung der allgemeinen Vorschriften über die Unmöglichkeit der Leistung da ausgeschlossen ist, wo das Gesetz Sondervorschriften gegeben hat (siehe oben § 85 Anm. 14 S. 334). In Ansehung des Verzugs ist auch zu beachten, daß zwar bei der nicht rechtzeitigen Herstellung des Werkes, nicht aber bei der nicht rechtzeitigen Beseitigung des Mangels, die Rechte aus den allgemeinen Vorschriften über den Verzug ausdrücklich vorbehalten sind (§ 636 Abs. 1 S. 2, vgl. §§ 633 Abs. 3, 634 Abs. 1). — Was die Verjährung betrifft, so ist darauf hinzuweisen, daß durch die Klage auf Beseitigung des Mangels auch die Verjährung der Ansprüche auf Wandelung, Minderung und Schadensersatz bis zur rechtskräftigen Verurtheilung unterbrochen wird (§§ 639 Abs. 1, 477 Abs. 3, 209 Abs. 1, 211 Abs. 1). Mit dieser beginnt die Verjährung der letzteren Ansprüche von neuem nach § 638, während der Anspruch auf Beseitigung des Mangels nunmehr erst in 30 Jahren verjährt (§ 218 Abs. 1).

[9]) Der Unternehmer wird in der Regel im Verzuge sein, wenn ihn der Besteller nach Herstellung des Werkes vergeblich zur Beseitigung des Mangels aufgefordert hat.

[10]) Vgl. Planck Anm. 3 zu § 633.

Aufwendungen (§ 633 Abs. 3), sondern nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag regelmäßig nur Herausgabe der Bereicherung beanspruchen (§ 684, vgl. aber § 683)[11].

§ 634. Kommt es dem Besteller nicht darauf an, daß der Mangel auf alle Fälle durch den Unternehmer oder doch auf dessen Kosten beseitigt wird, so kann er diesem eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Beseitigung des Mangels nach dem Ablaufe der Frist ablehne (§ 634 Abs. 1 S. 1). Die Frist wird meist nach der Ablieferung bestimmt werden, weil der Besteller in der Regel erst nach dieser Kenntniß von den Mängeln des Werkes erlangt. Der Besteller kann aber die Frist auch schon vor der Ablieferung bestimmen, wenn sich schon vorher ein Mangel zeigt. Die Frist muß aber dann so bemessen werden, daß sie nicht vor der für die Ablieferung bestimmten Frist abläuft (§ 634 Abs. 1 S. 2)[12]. Der Besteller kann endlich, wenn er den Unternehmer zunächst ohne Fristbestimmung zur Beseitigung des Mangels aufgefordert hat (§ 633 Abs. 2), noch nachträglich eine Frist gemäß § 634 bestimmen[13]. — Das Recht, eine Frist gemäß § 634 zu bestimmen, ist nicht davon abhängig, daß der Unternehmer mit der Beseitigung des Mangels im Verzug ist oder daß der Mangel auf einem Verschulden des Unternehmers beruht[14]. Die Thatsache, daß ein Mangel vorhanden ist, genügt, um dem Besteller die Rechte aus dem § 634 zu gewähren[15].

3. Hat der Besteller dem Unternehmer eine Frist gemäß § 634 bestimmt, so kann er die Beseitigung des Mangels nur noch während der Frist verlangen, der Unternehmer ist zur Beseitigung nur noch während der Frist verpflichtet. Mit dem Ablaufe der Frist erlischt der Anspruch auf Beseitigung des Mangels. Dem Besteller steht dann nur noch das Recht zu, Wandelung oder Minderung (§ 634 Abs. 1 S. 3) oder im Falle des § 635 Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen[16]. Der Besteller kann also diese Rechte nur nach vorausgegangener Fristbestimmung und er kann nach fruchtlosem Ablaufe der Frist **nur** diese Rechte geltend machen.

4. Ausnahmsweise bedarf es der Bestimmung einer Frist nicht (§ 634 Abs. 2),

---

[11]) A. bestellt beim Tischlermeister B. einen Bücherständer mit 4 Etagen. B. liefert den Bücherständer mit nur 3 Etagen in Abwesenheit des A. in dessen Wohnung ab. A. läßt bei dem Tischlermeister C. die vierte Etage aufsetzen und zahlt dafür den angemessenen Betrag von 10 M. Den B. hätte die nachträgliche Herstellung der vierten Etage 5 M. gekostet. Dann kann A. von B. nur Zahlung von 5 M. beanspruchen (§ 684). Hat er dagegen zunächst B. vergeblich aufgefordert, die vierte Etage noch aufzusetzen, und die Arbeit erst dann von C. machen lassen, so muß ihm B. die an C. gezahlten 10 M. erstatten (§ 633 Abs. 3).

[12]) Ist nach der Beschaffenheit des Werkes eine Abnahme ausgeschlossen, so tritt auch im Falle des § 634 Abs. 1 S. 2 die Vollendung an die Stelle der Abnahme, obwohl § 634 im § 646 nicht angezogen ist. So zutreffend Dernburg II § 320 Anm. 6.

[13]) Irreführend erscheint es, davon zu sprechen, daß der Besteller mit der Aufforderung zur Beseitigung des Mangels gemäß § 633 sofort die Fristbestimmung nach § 634 verbinden könne. (So Planck Anm. 1 zu § 634.) Allerdings kann der Besteller den Unternehmer sofort mit Fristbestimmung gemäß § 634 zur Beseitigung des Mangels auffordern. Dann liegt aber ausschließlich der Fall des § 634 vor, nicht etwa eine gleichzeitige Geltendmachung der Rechte aus den §§ 633 und 634. Nach Ablauf der Frist kann der Besteller den Mangel nicht mehr selbst auf Kosten des Unternehmers beseitigen, auch wenn dieser im Verzug ist (§ 633 Abs. 2, vgl. § 634 Abs. 1 S. 3 a. E. und Planck a. a. O.).

[14]) Siehe oben unter 1 S. 645.

[15]) Siehe jedoch unten unter 10 S. 655. Ueber die Fristbestimmung siehe oben § 98 S. 381 ff., doch ist zu beachten, daß Voraussetzungen und Folgen im Falle des § 634 verschiedentlich von denen im Falle des § 326 abweichen.

[16]) Siehe oben § 98 S. 383 unter *a* und Anm. 21.

a. wenn die Beseitigung des Mangels objektiv unmöglich ist[17]),

b. wenn sie von dem Unternehmer, gleichgültig aus welchem Grunde, verweigert wird, und zwar auch dann, wenn sie mit Recht verweigert wird, weil sie einen unverhältnißmäßigen Aufwand erfordert (§ 633 Abs. 2 S. 2)[18]),

c. wenn die sofortige Geltendmachung des Anspruchs auf Wandelung oder Minderung durch ein besonderes Interesse des Bestellers gerechtfertigt wird.

In diesen Fällen kann der Besteller die Ansprüche auf Wandelung, Minderung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung sofort geltend machen, ohne daß er vorher dem Unternehmer eine Frist zur Beseitigung des Mangels zu setzen braucht[19]).

5. Regelmäßig hat der Besteller unter den Voraussetzungen des § 634 Abs. 1 und 2 die Wahl zwischen Wandelung und Minderung. Jedoch ist das Wahlrecht in einem Falle eingeschränkt, in einem anderen erweitert.

a) Wenn der Mangel den Werth oder die Tauglichkeit des Werkes nur unerheblich mindert, so kann der Besteller nur Minderung verlangen, die Wandelung ist ausgeschlossen (§ 634 Abs. 3).

§ 635. b) Die Gewährleistungsansprüche des Bestellers sind grundsätzlich nicht von einem Verschulden des Unternehmers abhängig[20]). Beruht aber der Mangel des Werkes auf einem Umstande, den der Unternehmer zu vertreten hat, so sind die Rechte des Bestellers erweitert. Er kann statt der Wandelung oder Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen (§ 635). Er hat also die Wahl zwischen diesen drei Rechten und im Falle a die Wahl zwischen Minderung und Schadensersatz[21]).

---

[17]) Siehe oben § 85 III, 1 S. 332, vgl. Planck Anm. 4 zu § 634, Vorbem. 1 vor § 275, Oertmann Anm. 2, b, α zu § 634.

[18]) Nach Oertmann Anm. 2, b, β zu § 634 soll eine nach § 634 Abs. 2 S. 2 begründete Weigerung dem Besteller „die fraglichen Rechte" nicht geben (vgl. auch Fischer-Henle Anm. 5 zu § 634). Gemeint sind wohl nicht die Rechte der Wandelung und Minderung, denn dann würde dem Besteller in dem Falle des § 634 Abs. 2 S. 2 nach der Abnahme des Werkes in der Regel jedes Recht versagt sein, sondern das Recht, Wandelung oder Minderung ohne Fristbestimmung zu verlangen. Auch dies ist aber irrig, vielmehr ist die Vorschrift des § 634 Abs. 2 auch gerade für den Fall des § 633 Abs. 2 S. 2 gegeben. Vgl. E. I § 569 Abs. 2 S. 1, M. II S. 482—483, Prot. II S. 310, 311; Neumann Anm. 2 zu § 634. Es ist auch nicht abzusehen, warum es gerade in diesem Falle einer Fristbestimmung bedürfen sollte, in welchem dem Anspruch auf Beseitigung des Mangels eine wirksame Einrede entgegensteht.

[19]) In folgenden Fällen würde es z. B. einer Fristbestimmung nicht bedürfen: Der Schuhmacher liefert statt der bestellten kalbledernen Stiefel solche aus Rindsleder (Fall a). Hierbei ist zu beachten, daß nach Fertigstellung des Werkes weder dem Besteller ein Anspruch auf Herstellung eines anderen mangelfreien Werkes noch dem Unternehmer das Recht zusteht, durch Erbieten zur Herstellung eines anderen Werkes die Gewährleistungsansprüche abzuwenden. Es kommt nur darauf an, ob das bereits hergestellte Werk durch Beseitigung der Mängel zu einem vertragsmäßig hergestellten werden kann. — Die abgelieferten Stiefel haben statt der bestellten niedrigen hohe Absätze. Der Schuhmacher lehnt es ab, die Absätze der Bestellung gemäß zu ändern (Fall b). — Die am 4. 10. Vormittags abgelieferten Stiefel, die der Besteller bei einer am Nachmittage stattfindenden Festlichkeit tragen wollte, sind zu eng. Sie können nur dadurch passend gemacht werden, daß sie noch einige Tage auf dem Leisten stehen (Fall c).

[20]) Siehe oben bei Anmerkung 5 und 14.

[21]) Vgl. § 463 BGB. und oben § 135 S. 497; §§ 947, 951 I, 11 ALR. Irrthümlich ist die Ansicht von Oertmann (Anm. 2 zu § 635), daß der Anspruch auf Schadensersatz dem Besteller nicht anstatt der Rechte auf Wandelung und Minderung, sondern neben diesen zusteht. Vgl. E I § 569 Abs. 3 („außerdem"), § 635 BGB. („statt"); Prot. II S. 310 (§ 569a Abs. 4) und S. 311 unter 2. Wenn der Besteller wandelt, so kann er nicht daneben Schadensersatz verlangen. — Der Restaurateur A. giebt bei der

Welche Umstände der Unternehmer zu vertreten hat, bestimmt sich nach den allgemeinen Vorschriften (§§ 276 ff). Uebernimmt er die Garantie für die mangelfreie Herstellung des Werkes, so liegt hierin die Verpflichtung, über die gesetzliche Vertretungspflicht hinaus jeden Umstand zu vertreten, der etwa einen Mangel des Werkes zur Folge haben könnte. Im Falle der Garantieübernahme kann daher der Besteller wegen jedes Mangels Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. In der Zusicherung einer Eigenschaft liegt regelmäßig noch nicht die Uebernahme einer Garantie, so daß nicht jedes Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft dem Besteller den Anspruch auf Schadensersatz gewährt[22]).

In anderen Fällen als dem des § 635 besteht ein Schadensersatzanspruch des Bestellers als Gewährleistungsanspruch nicht[23]).

6. Auf die Wandelung und Minderung finden die für den Kauf geltenden Vorschriften der §§ 465—467, 469—475 entsprechende Anwendung (§ 634 Abs. 4)[24]). Danach kann der Unternehmer nach Maßgabe des § 466 eine Entscheidung darüber, ob der Besteller Wandelung verlange, und einen Ausschluß des Bestellers mit dem Anspruch auf Wandelung herbeiführen. — Im Falle der Wandelung sind die Parteien verpflichtet, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Der Anspruch des Bestellers auf Schadensersatz wegen Verschlechterung einer von dem Unternehmer herauszugebenden Sache bestimmt sich nach den Vorschriften der §§ 989 ff., der Anspruch des Unternehmers auf Ersatz von Verwendungen nach den Vorschriften der §§ 994 ff.

Zeitung X. für deren Sonntag-Ausgabe ein Inserat auf, in dem er ein Konzert für Sonntag ankündigt. Durch ein Versehen des Setzers erfolgt die Ankündigung für Montag. Wenn A. Wandelung verlangt, so hat er die Insertionsgebühr nicht zu bezahlen und kann die bereits bezahlte zurückfordern. Weitere Ansprüche stehen ihm dann nicht zu. Er kann aber auch Ersatz alles dessen verlangen, was er gehabt hätte, wenn das Inserat richtig abgedruckt worden wäre. Bei der Feststellung des Schadens ist dann die Insertionsgebühr in Abzug zu bringen (siehe oben § 97 S. 377 unter 2).

[22]) Ebenso Planck Anm. 2 zu § 635, Oertmann Anm. 1, b zu § 635, Schöller in Gruchot Bd. 46 S. 254—255, Fischer-Henle Anm. 1 zu § 635, a. M. Neumann Anm. 1 zu § 635, aber mit Unrecht, wie der Vergleich des § 635 mit der für den Kauf gegebenen abweichenden Vorschrift des § 463 S. 1 ergiebt. — Nicht zu verwechseln mit der Garantieübernahme für die mangelfreie Herstellung des Werkes ist die Garantie für den mangelfreien Zustand des Werkes während einer gewissen Zeit nach der Herstellung (vergl. Oertmann a. a. O.). Ein Schirmmacher, der einen Schirm neu überzieht, ein Uhrmacher, der eine Uhr repariert, übernimmt die Garantie für zwei Jahre. Dies hat in der Regel nach der Absicht der Parteien nicht die Bedeutung, daß die Gewährleistungsansprüche während der Garantiefrist geltend gemacht werden können, sondern daß der Unternehmer verpflichtet ist, jeden nach der Fertigstellung sich zeigenden Mangel, der nicht etwa auf einem vom Besteller zu vertretenden Umstande beruht, auf seine Kosten zu beseitigen. Die Folgen der Nichtbeseitigung bestimmen sich nicht nach den §§ 633 Abs. 2 ff., sondern nach den §§ 275 ff., 286 ff.

[23]) Nach Schöller (Gruchot Bd. 46 S. 254) macht auch arglistiges Verschweigen eines ohne sein Verschulden entstandenen Mangels bei der Ablieferung des Werkes den Unternehmer schadensersatzpflichtig. Nimmt man an, daß der Unternehmer nach dem besonderen Inhalte des Vertrags zur Mittheilung des Mangels verpflichtet ist (§ 242, siehe oben § 173 Anm. 39 S. 644), so haftet er nicht nur für ein arglistiges, sondern für jedes schuldhafte Verschweigen. Liegt eine Verpflichtung zur Mittheilung nicht vor, so ist eine Schadensersatzpflicht nur unter den Voraussetzungen der §§ 823 ff. begründet. Es handelt sich hier überall nicht um eine Haftung für Mängel (§§ 634, 635), sondern entweder um eine Haftung aus der Verletzung der Mittheilungspflicht (§§ 275 ff.) oder aus einer unerlaubten Handlung.

[24]) Ueber die Einzelheiten siehe oben § 135 S. 497 ff., § 136 S. 502 ff., § 102 S. 397 ff.

(§§ 634 Abs. 4, 467, 347)[25]. Hat der Unternehmer eine vom Besteller gelieferte Sache verarbeitet, so hat er die Sache zurückzugeben, während er die von ihm gelieferten Zuthaten zurückfordern kann (§ 346 S. 1). Ist die vom Besteller gelieferte Sache durch die Verarbeitung verändert und damit im Sinne des Bestellers verschlechtert, so steht diesem im Falle eines Verschuldens des Unternehmers ein Anspruch auf Schadensersatz zu (§ 989). Der Besteller kann also Wiederherstellung des früheren Zustandes der Sache oder, soweit diese nicht möglich ist, Entschädigung in Geld verlangen (§§ 249, 251). Liegt ein Verschulden des Unternehmers nicht vor, so beschränkt sich der Anspruch des Bestellers auf die Rückgabe der veränderten Sache[26]. Nach denselben Vorschriften bestimmt sich grundsätzlich der Anspruch des Unternehmers auf Herausgabe der von ihm gelieferten Sachen, insbesondere der Zuthaten. Doch kommen hier, wenn die Herausgabe unmöglich ist und ein Verschulden des Bestellers nicht vorliegt[27], die Vorschriften der §§ 994 ff. über den Ersatz von Verwendungen zur Anwendung (§ 347 S. 2). Danach kann der Unternehmer Ersatz der Verwendungen verlangen, soweit sie an sich zur Herstellung des Werkes nothwendig waren und der Besteller bereichert ist (§§ 994 Abs. 2, 684)[28]. — Endlich ist auch die Frage, wer im Falle der Wandelung die Kosten der möglichen und zum Zwecke der Herausgabe erforderlichen Trennung der von dem Besteller und dem Unternehmer gelieferten verarbeiteten Sachen zu tragen habe, zunächst aus dem § 989 zu beantworten. Liegt ein Verschulden des Unternehmers vor, so hat er auf Grund seiner Schadensersatzpflicht (§§ 989, 249 S. 1) die Trennung auf seine Kosten zu bewirken, damit er die vom Besteller gelieferte Sache im

---

[25]) Die im § 347 vorgeschriebene Anwendung der §§ 989 ff scheint Schöller (Gruchot Bd. 46 S. 258 ff.) zu übersehen. Vgl. zum Folgenden auch Oertmann Anm. 3 zu § 634, Dernburg II § 320 unter III, 2.

[26]) Der Besteller hat nicht, wie nach den §§ 949, 950 I, 11 ALR., ein Wahlrecht zwischen Ersatz in gleicher Qualität und Quantität oder Vergütung des Werthes. Sein Anspruch geht grundsätzlich nur auf Rückgabe der Sache und nur bei einem Verschulden des Unternehmers auf Vergütung in Geld. Da die Wandelung ein Verschulden des Unternehmers nicht voraussetzt, so ist diese Regelung an sich durchaus sachgemäß. Praktisch wird in den meisten Fällen ein Anspruch auf Werthersatz bestehen, da die Veränderung der Sache regelmäßig auf einem Verschulden des Unternehmers beruhen wird. A. bestellt die Anfertigung eines Anzugs aus einem von ihm gelieferten Stoffe beim Schneidermeister B. A. verlangt Wandelung, weil der Anzug verpaßt ist. Dann kann er Ersatz des Stoffes von B. verlangen, der die Unmöglichkeit der Herausgabe im unveränderten Zustande verschuldet hat. — Der Anspruch auf Schadensersatz nach § 989 ist nicht zu verwechseln mit dem Schadensersatze wegen Nichterfüllung nach § 635. War im gegebenen Falle A. genöthigt, sich einen anderen theureren Anzug anfertigen zu lassen, so kann er, wenn er Wandelung verlangt, den Ersatz der Preisdifferenz auf Grund des § 989 nicht verlangen.

[27]) Nach § 347 S. 1 finden die §§ 989 ff. von dem Empfange der Leistung an Anwendung, d. h. im vorliegenden Falle regelmäßig von der Ablieferung an. Da die Herausgabe der vom Unternehmer gelieferten und verarbeiteten Zuthaten häufig schon zur Zeit der Ablieferung unmöglich sein wird, so werden praktisch in Ansehung der Zuthaten meist die Vorschriften über den Ersatz von Verwendungen in Frage kommen.

[28]) Liegt im Falle der Anm. 26 ein Verschulden des B. vor und verlangt A. Ersatz des Stoffes, so behält B. den Anzug; ein Anspruch auf Ersatz der Verwendungen kommt dann nicht in Frage. Liegt ein Verschulden des B. nicht vor und behält A. den Anzug auf Grund seines Anspruchs auf Herausgabe des Stoffes, so hat B. einen Anspruch auf Ersatz seiner Verwendungen (z. B. für Futter, Knöpfe, Arbeit) nur, soweit A bereichert ist. Ist der Anzug gänzlich unbrauchbar, so entfällt jeder Anspruch des B. Läßt ihn A. beim Schneidermeister C. so ändern, daß er ihn tragen kann, so muß er dem B. die Vergütung abzüglich des Aenderungslohns zahlen. Verkauft er den verpaßten Anzug für den von ihm bezahlten Preis des Stoffes, so besteht ein Anspruch des B. nicht. Verkauft er ihn für einen höheren Preis, so muß er den Ueberschuß an B. herausgeben.

unveränderten Zustande herausgeben kann. Aber auch beim Nichtvorliegen eines Verschuldens treffen den Unternehmer die Kosten der Trennung, da diese einen Theil der ihm obliegenden Herausgabepflicht bildet und der Besitzer die Kosten der Herausgabe zu tragen hat[29]). Durch die Ablieferung des Werkes kann an der auf Grund der Wandelung eintretenden Verpflichtung des Unternehmers zur Herausgabe der unveränderten vom Besteller gelieferten Sache und damit an seiner Verpflichtung zur Trennung von den von ihm selbst gelieferten Sachen beziehungsweise zur Tragung der Kosten der Trennung nichts geändert werden[30]).

Bei der Minderung ist die Vergütung in dem Verhältnisse herabzusetzen, in welchem der Werth der Werkes in mangelfreiem Zustande zu dem wirklichen Werthe gestanden haben würde (§§ 634 Abs. 4, 472 Abs. 1). Maßgebend ist der Werth zur Zeit des Abschlusses des Werkvertrags[31]).

§ 640 Abs. 2. 7. Die Rechte des Bestellers wegen Mängel des Werkes sind grundsätzlich von dessen Abnahme unabhängig. Der Besteller kann die Rechte aus den §§ 633—635 regelmäßig auch dann geltend machen, wenn er das Werk vorbehaltlos abgenommen hat. Liegt in der Abnahme gleichzeitig eine Annahme als Erfüllung[32]), so hat dies nur eine Umkehrung der Beweislast zur Folge; der Besteller muß die Mangelhaftigkeit des Werkes beweisen (§ 363). Nur wenn er ein mangelhaftes Werk abnimmt, obwohl er den Mangel kennt, geht er in Ansehung des ihm bei der Abnahme bekannten Mangels seiner Rechte verlustig, wenn er sich diese nicht bei der Abnahme vorbehält (§ 640 Abs. 2). Er kann dann weder Beseitigung des Mangels oder Ersatz der Aufwendungen für die Beseitigung (§§ 633 Abs. 2 und 3) noch Wandelung, Minderung oder Schadensersatz (§§ 634, 635)[33]) verlangen. — Der Verlust der An=

---

[29]) Vgl. Planck Anm. 2a zu § 985.

[30]) A. übergiebt einen ihm gehörigen Brillanten dem Juwelier B. behufs Anfertigung eines Ringes. Da der Ring zu klein ist und B. ihn in der gemäß § 634 Abs. 1 gestellten Frist nicht passend macht, verlangt A. Wandelung und Rückgabe seines Brillanten. Er ist berechtigt, den Brillanten ohne den Ring zurück zu verlangen. B. ist verpflichtet, den Brillanten herauszunehmen und ihn dann zurückzugeben. Er hat ihn auf seine Kosten von dem Ringe zu trennen. Dies gilt auch dann, wenn er den Ring dem A. bereits zugeschickt hatte. Läßt dieser den Brillanten herausnehmen, so muß ihm B. die Kosten erstatten.

[31]) So zutreffend Planck Anm. 6 zu § 634, Fischer=Henle Anm. 7 zu § 634. Dernburg II § 320 III, 1 will die Zeit der Ablieferung, Oertmann Anm. 3 zu § 634 die Zeit der Herstellung zu Grunde legen, weil beim Vertragsabschluß ein mangelhaftes Werk noch nicht existierte. Aber auch bei der Minderung des Kaufpreises braucht der Mangel beim Kaufabschlusse noch nicht vorhanden gewesen zu sein, da der Käufer nur dafür haftet, daß die Sache zur Zeit des Ueberganges der Gefahr mangelfrei ist (§ 459, siehe oben § 134 S. 494 unter 3). Trotzdem schreiben die §§ 472, 473 vor, daß der Werth zur Zeit des Verkaufs maßgebend ist.

[32]) Siehe hierzu oben § 173 unter II, 4, b S. 642.

[33]) Nach dem Wortlaute des § 640 Abs. 2 verliert der Besteller durch die vorbehaltlose Annahme nur die Rechte aus den §§ 633, 634, sodaß der Schadensersatzanspruch bestehen bleiben würde. Dies wird denn auch von einigen Schriftstellern angenommen. Vgl z. B. Cosack I § 184 II, 5 f. S. 524, Oertmann Anm. 6a zu § 640, Kuhlenbeck Anm. 2 zu § 640; dagegen Dernburg II § 320 unter VI S. 438—439. Abgesehen davon, daß grundsätzlich der Schadensersatzanspruch, ebenso wie die Rechte auf Wandelung und Minderung, nur gegeben ist, soweit ein Anspruch auf Beseitigung des Mangels besteht (siehe oben unter I, 1 S. 645), so daß mit dem durch § 640 Abs. 2 vorgeschriebenen Fortfalle des Anspruchs auf Beseitigung auch der Schadensersatzanspruch in Wegfall kommt (vgl. Cosack a. a. O.), beruht die Auslassung des § 635 im § 640 Abs. 2 offenbar nur auf einem Versehen der Redaktions=Kommission der zweiten Kommission. Im E. I § 572 S. 3 waren die Abs. 1—3 des § 569 angezogen, von denen Abs. 3 den Schadensersatzanspruch regelt, vgl. M. II S. 490 („Verbot des Rügerechts"). Die zweite Kommission

sprüche durch die vorbehaltlose Annahme bezieht sich nur auf die dem Besteller bekannten Mängel, nicht auch auf diejenigen, welche er bei einer Prüfung hätte erkennen müssen, also auch nicht auf die in die Augen fallenden [34] [35]).

§ 637. 8. Die Haftung des Unternehmers wegen eines Mangels des Werkes kann durch Vereinbarung erweitert, beschränkt oder erlassen werden [36]). Die Vereinbarung eines Erlasses oder einer Beschränkung der Vertretungspflicht ist nichtig, wenn der Unternehmer den ihm bekannten Mangel beim Abschlusse des Vertrags oder, wenn ihm der Mangel erst später bekannt wird, bis zur Abnahme oder, wenn eine Abnahme ausgeschlossen ist, bis zur Vollendung des Werkes arglistig verschweigt [37]).

§ 638 Abs. 1. 9. Die Gewährleistungsansprüche des Bestellers sind, ähnlich wie die des Käufers (§ 477), einer kurzen Verjährung unterworfen [38]).

a) Die kurze Verjährungsfrist ist für die Ansprüche auf Beseitigung des Mangels, auf Wandelung, Minderung und Schadensersatz vorgeschrieben. Eine Ausnahme, deren Voraussetzungen der Besteller zu beweisen hat, ist für den Fall vorgesehen, daß der Unternehmer den Mangel arglistig verschwiegen hat (§ 638 Abs. 1) [39]). Andere Ansprüche als die im § 638 Abs. 1 aufgeführten unterliegen der kurzen Verjährung nicht. Dies gilt insbesondere, ebenso wie für die Ansprüche aus der vollzogenen Wandelung und Minderung [40]), auch für die Ansprüche aus der durch den Besteller selbst bewirkten Beseitigung des Mangels (§ 633 Abs. 3).

b) Die Verjährungsfrist beträgt regelmäßig sechs Monate, bei Arbeiten an einem Grundstück ein Jahr, bei Herstellung eines Baues fünf Jahre (§ 638 Abs. 1. S. 1) [41]). In den beiden letzteren Fällen ist es gleichgültig, ob der

---

hat diesen Satz 3 ausdrücklich gebilligt (Prot. II S. 315 unter I, S. 319). Bei der Redaktion wurde dann § 569 Abs. 1—3 in drei besondere §§ zerlegt (E. II §§ 571—573) und dann das Zitat im § 577 Abs. 2 E. II ungenau nur auf die §§ 571, 572 statt auf die §§ 572—573 erstreckt.

[34]) Anders § 331 I, 5 ALR. Die entgegengesetzte Ansicht von Endemann I § 174 Anm. 28 widerspricht dem Wortlaute des § 640 Abs. 2 und der Entstehungsgeschichte (vgl. Prot II S. 315 ff.). Eine Prüfungspflicht des Bestellers besteht nicht (siehe oben bei Anm. 31 auf S. 642).

[35]) Eine Verpflichtung des Bestellers, Mängel, welche er nach der Abnahme entdeckt, bei Verlust des Rügerechts, dem Unternehmer unverzüglich anzuzeigen, besteht nicht. Vgl. M. II S. 491.

[36]) Vgl. E. I § 570, BGB. §§ 443, 476, 540. Siehe auch oben § 134 S. 495 unter d.

[37]) Das Gesetz enthält keine Bestimmung darüber, bis zu welchem Zeitpunkte der Unternehmer dem Besteller den Mangel mittheilen muß, wenn nicht sein arglistiges Schweigen die Nichtigkeit der Vereinbarung zur Folge haben soll. Weiß der Unternehmer bereits bei der Bestellung, daß das von ihm herzustellende Werk mangelhaft sein wird, so ist der vereinbarte Erlaß der Vertretungspflicht nichtig, wenn er dem Besteller den Mangel bei der Bestellung arglistig verschweigt. Es genügt nicht, daß er den Mangel später bei der Ablieferung des Werkes anzeigt. Vgl. auch Dernburg II § 321 IV S. 441. — Ueber Arglist siehe oben § 33 unter 3 a S. 138.

[38]) Siehe zum Folgenden oben § 137 S. 506 ff.

[39]) Siehe hierüber Anm. 37.

[40]) Siehe oben § 137 Anm. 1 S. 506.

[41]) Das Gesetz sagt: „bei einem Bauwerke", d. h. im Gegensatze zu den „Arbeiten an einem Grundstücke", bei der Herstellung eines Baues. Der Vertrag muß auf eine solche Herstellung gerichtet sein, nicht auf einzelne Arbeiten an einem bereits hergestellten oder herzustellenden Baue. Es braucht sich aber nicht um einen Neubau zu handeln, auch bei einem Umbau kommt die fünfjährige Frist zur Anwendung (vgl. Planck Anm. 2 zu § 648). Die Ansprüche des Bauherrn gegen den Bauunternehmer, welcher den Bau eines Hauses übernommen hat, verjähren in fünf Jahren, die Ansprüche des Bauunternehmers

Besteller Eigenthümer des Grundstücks oder des Baues ist und ob das herzustellende Werk Bestandtheil oder Zubehör des Grundstücks wird. Auch wenn dies nicht der Fall ist, verjähren die Ansprüche des Bestellers erst in einem Jahre beziehungsweise in fünf Jahren[42]. Durch Vertrag kann die Verjährungsfrist verlängert werden (§ 638 Abs. 2) und zwar auch über die ordentliche Verjährungsfrist hinaus[43]. Ob in der Uebernahme der Garantie seitens des Unternehmers für eine bestimmte Zeit eine Abkürzung oder Verlängerung der Verjährungsfrist liegt, ist eine Frage der Auslegung im einzelnen Falle[44]. Bezieht sich die Garantieübernahme auf die Herstellung des Werkes[45], so wird die Festsetzung einer Garantiefrist, welche länger ist als die Verjährungsfrist, regelmäßig auch die Bedeutung der Vereinbarung einer Verjährungsfrist haben, während dies bei Festsetzung einer kürzeren Garantiefrist regelmäßig nicht der Fall sein wird[46]. Handelt es sich um die Garantie für den mangelfreien Zustand des Werkes während einer gewissen Zeit nach der Herstellung, so unterliegen die sich hieraus ergebenden Ansprüche des Bestellers nicht der kurzen Verjährung des § 638, sondern der ordentlichen Verjährung[47]. Die letztere findet auch dann Anwendung, wenn die kurze Verjährung wegen arglistigen Verschweigens des Mangels seitens des Unternehmers ausgeschlossen ist (§ 638 Abs. 1 S. 1). — Eine gesetzliche Vermuthung dafür, daß Mängel, welche sich innerhalb der Verjährungsfrist zeigen, — z. B. der Einsturz eines Bauwerkes innerhalb der fünfjährigen Frist — auf einer fehlerhaften Ausführung des Werkes beruhen, besteht nicht[48].

---

gegen den Maler, welchem er die Malerarbeiten für das Haus übertragen hat, in einem Jahre. — Vgl. über Bauwerke auch unten § 177 Anm. 15 S. 668.

[42]) Z. B. wenn der Miether einer Wohnung sich ein Zimmer tapezieren, der Nießbraucher eines Grundstücks sich auf diesem eine Laube, der Eigenthümer eine Tribüne für eine Festlichkeit errichten läßt. Vgl. auch Neumann Anm. 4 zu § 638.

[43]) Ebenso Planck Anm. 9 zu § 638, siehe auch oben § 137 unter No. 3 S. 506, a. M. Dernburg II § 320 Anm. 11 S. 439, Oertmann Anm. 2, b zu § 638. Warum die Zulässigkeit der Verlängerung über die ordentliche Verjährungsfrist hinaus „unglaublich" sein soll (so Dernburg a. a. O.), ist nicht abzusehen. Sie entspricht dem Wortlaute des Gesetzes und der Absicht der zweiten Kommission (vgl. E. I § 571 Abs. 3, Prot. II S. 313, I S. 706). Diese Absicht ist, wie gegen Oertmann a. a O. zu bemerken ist, nicht schlechthin maßgebend, aber da sie in der gegen den ersten Entwurf geänderten Fassung genügend zum Ausdrucke gelangt ist und da das Gesetz und die Gesetzesmaterialien Gegentheiliges nicht ergeben, für die Auslegung entscheidend.

[44]) Vgl. hierzu M. II S. 488, Planck Vorbem. 8 vor § 633, Oertmann Anm. 4 zu § 638, Dernburg PR. II § 200 unter 3, Dernburg II § 320 VIII.

[45]) Siehe oben unter 5, b S. 649.

[46]) Wenn in einem Bauvertrage der Unternehmer die Garantie für das Bauwerk auf eine bestimmte Zeit übernimmt, so handelt es sich um eine Garantie für die mangelfreie Herstellung des Bauwerkes. Ist die Frist auf 10 Jahre festgesetzt, so ist damit gemeint, entweder daß der Besteller Mängel geltend machen kann, die sich innerhalb von zehn Jahren zeigen, oder daß er nur diejenigen geltend machen kann, die innerhalb der Frist sich zeigen und dem Unternehmer bekannt gemacht sind. In beiden Fällen bedeutet die Festsetzung der Garantiefrist auch eine Verlängerung der Verjährungsfrist von 5 Jahren auf 10 Jahre. — Ist die Garantiefrist auf 2 Jahre vereinbart — die Festsetzung einer Garantiefrist, welche kürzer ist, als die Verjährungsfrist, ist in Bauverträgen nicht selten —, so kann dies gleichfalls die erwähnte doppelte Bedeutung haben. Aber eine Abkürzung der Verjährungsfrist wird in der Regel nicht vorliegen. Wegen derjenigen Mängel, die sich nach Ablauf von zwei Jahren gezeigt haben, können danach Ansprüche nicht mehr erhoben werden. Wohl aber können die Ansprüche wegen der Mängel, welche sich innerhalb der zweijährigen Garantiefrist gezeigt haben, noch bis zum Ablaufe der fünfjährigen Verjährungsfrist geltend gemacht werden.

[47]) Siehe oben Anm. 22 S. 644.

[48]) Vgl. M. II S. 489.

§§ 638 Abs. 1 S. 2, 646. c) Die Verjährung beginnt mit der Abnahme, und wenn diese nach der Beschaffenheit des Werkes ausgeschlossen ist, mit der Vollendung des Werkes (§§ 638 Abs. 1 S. 2, 646)[49]. Solange die Abnahme nicht erfolgt ist, kann die Verjährung nicht beginnen und zwar auch dann nicht, wenn sich der Besteller mit der Abnahme im Verzuge befindet[50].

§ 639. d) Auf die Unterbrechung und Hemmung der Verjährung finden die Vorschriften des § 477 Abs. 2 und 3, auf die Erhaltung der Einrede nach Verjährung des Anspruchs auf Wandelung und Minderung die des § 478, auf die Aufrechnung des verjährten Schadensersatzanspruchs die Vorschriften des § 479 entsprechende Anwendung (§ 639 Abs. 1)[51]. Eine Hemmung der Verjährung tritt außer in den Fällen der §§ 202 ff., 477 Abs. 3 noch dann ein, wenn sich der Unternehmer im Einverständnisse mit dem Besteller der Prüfung des Vorhandenseins des Mangels oder der Beseitigung des Mangels unterzieht. Dann ist die Verjährung so lange gehemmt, bis der Unternehmer das Ergebniß der Prüfung dem Besteller mittheilt oder ihm gegenüber den Mangel für beseitigt erklärt oder die Fortsetzung der Beseitigung verweigert (§ 639 Abs. 2). Besonders hervorgehoben sei noch, daß die Hemmung oder Unterbrechung einer der im § 638 Abs. 1 bezeichneten Ansprüche auch die Hemmung und Unterbrechung der anderen Ansprüche bewirkt (§§ 639 Abs. 1, 477 Abs. 3), daß also z. B. durch Erhebung der Klage auf Beseitigung des Mangels auch die Verjährung der Ansprüche auf Wandelung, Minderung und Schadensersatz unterbrochen wird[52]. Die Unterbrechung der Verjährung der anderen Ansprüche tritt auch dann ein, wenn der Anspruch, in Ansehung dessen die Unterbrechungshandlung vorgenommen ist, garnicht besteht[53] [54].

---

[49]) Ueber Abnahme siehe oben § 173 unter II, 4, b S. 642 und Anm. 34 S. 643.

[50]) Nicht zutreffend erscheint die Ansicht von Oertmann (Anm. 2, b zu § 638), daß auch die Hinterlegung des Werkes nach den §§ 293 ff., 372 ff., 378 und die rechtskräftige Verurtheilung des Bestellers zur Abnahme zu Folge der Vorschrift des § 894 CPO. die Verjährung in Gang setzen. Die Abnahme ist eine Schuldner-, nicht eine Gläubiger-Handlung des Bestellers (§ 640 Abs. 1). Die Hinterlegung setzt einen Gläubiger-, nicht einen Schuldner-Verzug voraus; sie kann die Annahme, nicht aber die Abnahme ersetzen. — Die Abnahme ist keine Willenserklärung (siehe oben S. 643 Anm. 34), — jedenfalls, auch nach der Ansicht von Oertmann (Anm. 1 zu § 640), keine bloße Willenserklärung —, sondern die thatsächliche Uebernahme des Werkes. Gerade in dieser Eigenschaft ist sie für den Beginn der Verjährung für maßgebend erklärt, weil mit der thatsächlichen Uebernahme der Besteller in den Stand gesetzt ist, die Mängel des Werkes zu erkennen. Auf die Verurtheilung zur thatsächlichen Uebernahme des Werkes findet § 894 CPO. nicht Anwendung. Vgl. auch Dernburg II § 320 VII, 3 S. 439.

[51]) Siehe oben § 137 S. 507 und CPO. § 488.

[52]) Siehe oben § 174 Anm. 8 a. E. S. 646.

[53]) Vgl. Prot. II S. 314, 315, Planck Anm. 4 zu § 639, oben § 137 unter 5 S. 507. Die Vorschrift des § 477 Abs. 3 kann nur die Bedeutung haben, daß jede Unterbrechungshandlung, welche in Bezug auf *einen* Anspruch vorgenommen wird, die Verjährung aller in Frage kommenden Ansprüche unterbricht. Die Handlung ist auf die Erhaltung des gesammten Gewährleistungsanspruchs gerichtet. Ausnahmsweise (siehe oben § 64 S. 255 unter b) legt das Gesetz der Geltendmachung eines Theiles die Wirkung bei, daß die Verjährung des gesammten Anspruchs unterbrochen wird. Demgegenüber kann es nicht darauf ankommen, ob der einzelne Anspruch, auf dessen Geltendmachung die Unterbrechungshandlung gerichtet ist, besteht oder nicht.

[54]) A. bestellt beim Schneider B. einen Winterüberzieher, auf den er 20 M. anzahlt. B. schickt dem A. den Ueberzieher am 17. October zu. Am 20. October schickt ihn A. zurück mit dem Ersuchen, statt der verwendeten Horn-Knöpfe der Vereinbarung gemäß Stoff-Knöpfe anzubringen. B. verspricht dies, sendet aber am 1. November dem A. den Ueberzieher wieder zu mit dem Bemerken, er habe keine passenden Stoff-Knöpfe. Nachdem A. den B. nunmehr vergeblich aufgefordert hat, bis zum 10. November die Aenderung zu be-

10. Die in den §§ 633—634 bestimmten Ansprüche stehen, wie wiederholt hervorgehoben worden ist, dem Besteller ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Unternehmers zu. Jedoch finden die genannten Vorschriften nicht Anwendung, wenn der Mangel des Werkes auf einem Verschulden des Bestellers beruht. Vielmehr bestimmt sich das Rechtsverhältniß in diesem Falle nach der Vorschrift des § 324. Da die Unmöglichkeit für den Unternehmer, das Werk vertragsmäßig herzustellen, auf einem von dem Besteller zu vertretenden Umstande beruht, so behält der Unternehmer trotz der mangelhaften Herstellung den Anspruch auf die Vergütung (§ 324 Abs. 1). Dem Besteller steht weder ein Anspruch auf Wandelung oder Minderung noch ein Anspruch auf Beseitigung des Mangels zu. Beseitigt der Unternehmer auf Ersuchen des Bestellers den Mangel, so liegt ein zweiter Werkvertrag vor, dessen Gegenstand die Beseitigung des Mangels ist. Der Unternehmer kann daher für diese eine besondere Vergütung fordern [55]).

11. Die Vorschriften der §§ 633 Abs. 2 — 635 beziehen sich nur auf den Fall des § 633 Abs. 1, d. h. auf die Herstellung eines mangelfreien Werkes. Ist das Werk vertragsmäßig hergestellt und wird es nach der Herstellung, aber vor der Ablieferung, mangelhaft, so finden nicht die §§ 633 ff., sondern ausschließlich die §§ 323 ff. Anwendung [56]).

12. Die Haftung des Unternehmers für Mängel im Rechte ist, abgesehen von dem Falle des § 651 Abs. 1, in dem die §§ 434 ff. für anwendbar erklärt sind, nicht besonders geregelt. Soweit eine solche Haftung in Frage kommt, wird man auch außerhalb des Falles des § 651 Abs. 1 (vgl. z. B. Abs. 2) die Vorschriften über die Haftung des Verkäufers für Mängel im Rechte entsprechend anwenden müssen [57]).

---

wirken, widrigenfalls er sich auf diese nicht mehr einlassen werde, kauft er sich einen anderen Ueberzieher und verlangt von B. Wandelung und Rückzahlung der angezahlten 20 M. Da B. nicht zahlt, klagt A. auf Wandelung und Zahlung, die Klage wird dem B. aber erst am 19. April des nächsten Jahres zugestellt. Mit dieser Klage wird A. in beiden Instanzen auf Grund des § 634 Abs. 3 abgewiesen; das Urtheil des Landgerichts wird am 13. November rechtskräftig. Dann kann A. jetzt von neuem Beseitigung des Mangels verlangen; sein Anspruch auf Beseitigung ist noch nicht verjährt. Da die Verjährung vom 20. October bis 1. November gehemmt war, war die Erhebung der Wandelungsklage am 19. April noch rechtzeitig. Durch die Wandelungsklage war die Verjährung des Beseitigungsanspruchs bis zum 13. November unterbrochen.

[55]) So z. B. im Falle der Anm. 30 S. 651, wenn der Ring dadurch zu klein geworden ist, daß A. dem B. ein falsches Maß gegeben hat. Dann muß A. die Aenderung besonders bezahlen. — Durch die Herstellung des nicht passenden Ringes hat B. in vorliegendem Falle die ihm obliegende Leistung, soweit sie ihm möglich war, vollständig bewirkt. Die Herstellung eines passenden Ringes auf Grund eines falschen Maßes war ihm unmöglich; diese Unmöglichkeit beruht auf einem Verschulden des A.; § 324 findet Anwendung. — Der Fall der auf einem Verschulden des Bestellers beruhenden Mangelhaftigkeit eines Werkes ist besonders geeignet, das Verständniß für die Bedeutung zu fördern, welche die Vorschriften über die Unmöglichkeit der Leistung für das BGB. haben (vgl. oben § 85 S. 333 unter 5). Bestreitet man, wie Staub in der Festschrift zum XXVI. Deutschen Juristentage (Berlin 1902, S. 34 ff.), daß die mangelhafte Leistung im Sinne des BGB. einen Fall der Unmöglichkeit der Leistung darstellt, so wird man bei der Beurtheilung des Rechtsverhältnisses vom Gesetzbuche vollständig im Stiche gelassen und muß, da der von Staub a. a. O. angenommene Rechtsgrundsatz hier nicht paßt, zu einem zweiten neben dem BGB. bestehenden Rechtsgrundsatze seine Zuflucht nehmen. Man wird noch viele derartige Verlegenheits-Grundsätze aufstellen müssen, wenn man die Vorschriften über die Unmöglichkeit der Leistung nicht genügend würdigt.

[56]) Schöller in Gruchot Bd. 46 S. 257 unter 4.

[57]) Planck Vorbem. 2 vor § 633, Cosack I § 148 II, 4, Fischer-Henle Anm. 2 zu § 633. § 445 findet nicht unmittelbar Anwendung, weil der Werkvertrag nicht auf Veräußerung oder Belastung eines Gegenstandes gerichtet ist.

§ 175. Verspätete Herstellung des Werkes.

§ 636. I. 1. Wird das Werk nicht rechtzeitg hergestellt, so würden sich die Rechte des Bestellers, falls der Unternehmer mit der Herstellung im Verzug ist, gemäß den allgemeinen Vorschriften nur nach den §§ 286 ff., 326, 327 bestimmen [1]). Liegt ein Verzug nicht vor, so würde der Besteller nach dem § 361 nur dann ohne weiteres zum Rücktritte berechtigt sein, wenn die Herstellung genau zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist bewirkt werden sollte [2]). Im Uebrigen würde, wenn die Verspätung auch nicht auf einem vom Besteller zu vertretenden Umstande beruht, die Vorschrift des § 323 Anwendung finden und danach regelmäßig nur eine Minderung der Gegenleistung zulässig sein. (§ 323 Abs. 1 Halbsatz 2) [3]). Das Gesetz hat aber die Rechtsfolgen der nicht rechtzeitigen Herstellung des Werkes im § 636 besonders geregelt. Die Bestimmungen des § 636 finden auf alle Fälle der nicht rechtzeitigen Herstellung des Werkes Anwendung, mag sie auf einem Verschulden des Unternehmers beruhen oder nicht und mag das Werk ganz oder theilweise nicht rechtzeitig hergestellt werden. Neben ihnen kommen nur noch die ausdrücklich aufrecht erhaltenen Vorschriften über den Verzug (§ 636 Abs. 1 S. 2) und der § 361, nicht aber der § 323 zur Anwendung [4]).

2. Hiernach steht dem Besteller in allen Fällen der nicht rechtzeitigen Herstellung des Werkes das Recht zu, von dem Vertrage zurückzutreten (§ 636 Abs. 1 S. 1). Auf welchen Gründen die nicht rechtzeitige Herstellung beruht, ist gleichgültig. Auch wenn ein Zufall oder selbst höhere Gewalt die Verspätung herbeigeführt haben, ist das Rücktrittsrecht gegeben [5]). Ebensowenig hängt es davon ab, ob der Besteller an der rechtzeitigen Herstellung ein Interesse hat oder nicht. — Das Werk ist nicht rechtzeitig hergestellt, wenn es nicht zu der vertragsmäßig bestimmten Zeit oder, falls eine Zeit nicht bestimmt ist, innerhalb der nach den §§ 271, 242 zu bestimmenden Frist vollendet wird [6]).

3. Das Rücktrittsrecht steht dem Besteller nach Maßgabe der im § 634 Abs. 1—3 für die Wandelung gegebenen Vorschriften zu. Der Besteller muß also, wenn er von dem Rücktrittsrechte Gebrauch machen will, nach Ablauf der Zeit, bis zu der das Werk hergestellt werden sollte, dem Unternehmer eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Herstellung des Werkes nach dem Ablaufe der Frist ablehne (§ 634 Abs. 1 S. 1). Zeigt sich schon vor der für

---

[1]) Siehe hierüber oben § 87 S. 343 ff. und § 98 S. 380 ff.

[2]) Siehe oben § 102 S. 398.

[3]) Die nicht rechtzeitige Herstellung bedingt eine theilweise Unmöglichkeit der Leistung. Siehe oben § 85 S. 333 unter 4.

[4]) Gegenüber der Sonderregelung durch den § 636 ist für die Anwendung des § 323 kein Raum (siehe oben § 85 Anm. 14 S. 334). Dagegen findet § 361 Anwendung, obwohl dieser § im S. 2 des § 636 Abs. 1 vom Bundesrathe gestrichen worden ist (nicht von der zweiten Kommission, wie Planck Anm. 5 zu § 636 irrthümlich annimmt. Vgl. E I. § 569 Abs. 4, E. II § 574 S. 2, E. III § 626 Abs. 1 S. 2, E. IV § 626 Abs. 1 S. 2). § 361 enthält eine Auslegungsregel für alle gegenseitigen Verträge. Das Rücktrittsrecht gilt danach unter den Voraussetzungen des § 361 im Zweifel als vereinbart. Eine solche Vereinbarung ist auch beim Werkvertrage zulässig, da § 636 nur eine Dispositivvorschrift enthält. So zutreffend Oertmann Anm. 1d zu § 636.

[5]) Z. B. wie die Prot. II S. 311 anführen, wenn die Verspätung auf einer vom Unternehmer nicht verschuldeten Arbeitseinstellung beruht.

[6]) § 636 dehnt das Rücktrittsrecht weiter aus als § 938 I, 11 ALR., nach dem es nur gewährt war, wenn das Werk mit dem Ablaufe der ausdrücklich bestimmten Zeit nicht abgeliefert wurde.

die Ablieferung oder für die Herstellung[7]) bestimmten Zeit, daß das Werk nicht rechtzeitig hergestellt werden wird, so kann der Besteller die Frist sofort bestimmen; er muß sie aber so bestimmen, daß sie nicht vor der für die Ablieferung beziehungsweise für die Herstellung bestimmten Frist abläuft (§ 634 Abs. 1 S. 2). Wird die Herstellung des Werkes innerhalb der Nachfrist nicht vollendet, so kann der Besteller von dem Vertrage zurücktreten; der Anspruch auf Herstellung des Werkes ist ausgeschlossen (§ 634 Abs. 1 S. 3). Der Besteller hat danach nach dem Ablaufe der gemäß den §§ 636, 634 bestimmten Nachfrist kein anderes Recht als den Rücktritt vom Vertrage. Er kann jetzt nicht mehr die Herstellung des Werkes verlangen, auch ist ihm ein Anspruch auf Minderung oder auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung auf Grund des § 636 nicht gegeben[8]). — Einer Fristbestimmung bedarf es nicht, wenn die Herstellung des Werkes innerhalb einer angemessenen Nachfrist oder wenn sie überhaupt unmöglich ist[9]), wenn der Unternehmer die Herstellung verweigert oder wenn der sofortige Rücktritt durch ein besonderes Interesse des Bestellers gerechtfertigt wird (§ 634 Abs. 2)[10]). — Die Fristbestimmung gemäß den §§ 636, 634 ist ausgeschlossen, solange die nicht rechtzeitige Herstellung des Werkes den Besteller nur unerheblich benachtheiligt (§ 634 Abs. 3)[11]).

---

[7]) Siehe oben § 174 Anm. 12 S. 647.

[8]) Nach dem § 636 finden unter dessen Voraussetzungen nur die für die Wandelung, nicht die für die Minderung geltenden Vorschriften des § 636 und nicht der § 635 Anwendung. Ueber den Schadensersatzanspruch im Falle des Verzugs siehe unten unter 5.

[9]) Hierzu führt die entsprechende Anwendung des § 634 Abs. 2 im Falle des § 636 Abs. 1 S. 1. Nach Dernburg II § 321 I, Neumann Anm. 3 zu § 636 soll eine Fristbestimmung nicht erforderlich sein, wenn die rechtzeitige Herstellung unmöglich ist. Dies ist nicht zutreffend. Kann das Werk nicht rechtzeitig, wohl aber innerhalb einer angemessenen Frist nach der für die Herstellung bestimmten Zeit hergestellt werden, so kann der Besteller nur im Falle des § 361 sofort vom Vertrage zurücktreten. Anderenfalls muß er dem Unternehmer erst eine Frist gemäß den §§ 634, 636 bestimmen und das Werk innerhalb dieser Frist noch abnehmen. A. soll für B. auf dessen Grundstück einen Holzschuppen, zu dem B. die Materialien liefert, bis zum 20. October herstellen. Die Herstellung nimmt ungefähr eine Woche in Anspruch. Wenn A. erst am 15. October mit den Arbeiten beginnt, so kann B. nicht vom Vertrage zurücktreten, weil die Herstellung doch nicht bis zum 20. vollendet sein könne. Er kann dem A. aber schon am 15. eine Frist bestimmen. Reicht die angemessene Nachfrist bis zum 23. und hat A. am 18. mit der Arbeit nicht begonnen, so daß deren Vollendung bis zum Ablaufe der Nachfrist unmöglich ist, so kann B. ohne Fristbestimmung vom Vertrage zurücktreten.

[10]) Nicht erforderlich ist, daß der Unternehmer das besondere Interesse kannte oder voraussehen konnte (siehe oben § 98 S. 386). A. bestellt den Gärtner B. zum Montage, damit er ihm unter Verwendung des vorhandenen Materials eine Balkon-Dekoration mache. Da B. nicht Montag, sondern erst Dienstag früh kommt, tritt A., der die Dekoration für eine Festlichkeit am Montag Abend haben wollte, vom Vertrage zurück. Er ist hierzu berechtigt, obwohl A. den Zweck der Dekoration nicht gekannt hat.

[11]) Die entsprechende Anwendung des Abs. 3 des § 634 auf den Fall des § 636 bietet einige Schwierigkeiten. Im Falle des § 634 Abs. 3 bleibt dem Besteller noch der Anspruch auf Minderung, wenn nach fruchtlosem Ablaufe der Frist die Ansprüche auf Beseitigung des Mangels und auf Wandelung ausgeschlossen sind. Bei der nicht rechtzeitigen Herstellung des Werkes würde letzeren Falles der Besteller gar keinen Anspruch mehr haben, da er Minderung auf Grund des § 636 nicht verlangen kann. Dies kann nicht die Absicht des Gesetzes sein. Gemeint ist, daß unter den Voraussetzungen des § 634 Abs. 3 der Besteller eine Frist mit dem Präjudize des § 634 Abs. 1 S. 1 nicht bestimmen kann. — Es fragt sich ferner, unter welchen Voraussetzungen die Benachtheiligung durch die nicht rechtzeitige Herstellung nur eine unerhebliche ist. Dies kann regelmäßig nur zeitweise der Fall sein, denn schließlich hat jeder Besteller ein erhebliches Interesse daran, daß das bestellte Werk hergestellt wird. Das „wenn“ des § 634 Abs. 3 dürfte daher im Falle des § 636 einem „solange“ entsprechen.

4. Auf das Rücktrittsrecht des Bestellers finden die Bestimmungen der §§ 346—356 und des § 327 S. 2 Anwendung (§ 636 Abs. 1 S. 1). Nach Letzterem haftet der Unternehmer nur nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung, nicht nach den §§ 346, 347, wenn der Rücktritt wegen eines Umstandes erfolgt, den er nicht zu vertreten hat. — Wenn der Unternehmer die Zulässigkeit des erklärten Rücktritts bestreitet, weil er das Werk rechtzeitig hergestellt habe, so trifft ihn die Beweislast für die rechtzeitige Herstellung (§ 636 Abs. 2).

5. Beruht die nicht rechtzeitige Herstellung des Werkes auf einem Verzuge des Unternehmers, so stehen dem Besteller neben den Rechten aus den §§ 636, 634 die Rechte aus den §§ 286 ff., § 326 zu (§ 636 Abs. 1 S. 2.). Er kann insbesondere, statt vom Vertrage zurückzutreten, Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Wird das Werk bis zum Ablaufe der gemäß § 326 bestimmten Frist theilweise nicht hergestellt, so kann der Besteller beim Verzuge des Unternehmers Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit nur dann verlangen, wenn die theilweise Erfüllung des Vertrags für ihn kein Interesse hat (§§ 326 Abs. 1 S. 3, 325 Abs. 1 S. 2). Der Besteller hat die Voraussetzungen des Verzugs und bei theilweiser Nichtleistung den Mangel des Interesses an der theilweisen Erfüllung zu beweisen. Er wird deshalb nur seinen Schadensersatzanspruch auf § 326, das Rücktrittsrecht dagegen regelmäßig auf § 636 stützen, da ihn hier keine Beweislast trifft (§ 636 Abs. 2) und ihn auch die nicht rechtzeitige Herstellung eines Theiles ohne weiteres zum Rücktritte vom ganzen Vertrage berechtigt (§ 636 Abs. 1 S. 1).

6. Die kurze Verjährung des § 638 findet auf die Ansprüche aus der nicht rechtzeitigen Herstellung des Werkes nicht Anwendung. Das Rücktrittsrecht unterliegt einer Verjährung nicht (vgl. § 355)[12]. Die Ansprüche aus dem erfolgten Rücktritte sowie die Ansprüche aus dem Verzuge des Unternehmers sind der ordentlichen Verjährung unterworfen.

7. Die Vorschriften des § 636 beziehen sich nur auf die nicht rechtzeitige Herstellung des Werkes, dagegen nicht auf die nicht rechtzeitige Ablieferung des rechtzeitig hergestellten Werkes. Hier finden ausschließlich die Vorschriften über den Verzug Anwendung.

§§ 642, 643. II. Der § 636 findet auf alle Fälle der nicht rechtzeitigen Herstellung des Werkes ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Unternehmers Anwendung. Er gilt aber nicht für diejenigen Fälle, in denen die nicht rechtzeitige Herstellung auf einem Verschulden des Bestellers beruht. Hier kommt vielmehr die Vorschrift des § 324 zur Anwendung[13]. Ebensowenig bezieht sich § 636 auf die Fälle, in denen die nicht rechtzeitige Herstellung des Werkes die Folge eines Annahmeverzugs des Bestellers ist. Ein solcher Verzug kann vorliegen, wenn bei der Herstellung des Werkes eine Handlung des Bestellers erforderlich ist und dieser die Handlung an dem nach dem Kalender bestimmten Tage oder

---

[12]) Siehe oben § 25 S. 118 unter 4, § 102 Anm. 10 S. 399 und S. 403 unter 4. Eine Frist ist für die Ausübung des Rücktrittsrechts nicht vorgeschrieben. Der Unternehmer hat jedoch das Recht der Fristbestimmung gemäß § 355 (§§ 636 Abs. 1, 327). RG. in der JW. 1902 Beilage 13 S. 275.

[13]) Siehe oben unter I, 2 S. 656 und § 174 unter 10 S. 655. Wenn der Schneider A., bei dem B. einen Rock bestellt hat, von B. bei einer Schlägerei verwundet wird, sodaß er den Rock nicht rechtzeitig fertigstellen kann, so kann A. an dem für die Ablieferung bestimmten Tage von B. Entrichtung der Vergütung verlangen.

trotz Aufforderung des Unternehmers nicht vornimmt (§§ 296, 295)[14]. In diesem Falle kann der Unternehmer eine angemessene Entschädigung verlangen (§ 642) und nach Ablauf einer angemessenen Nachfrist den Vertrag kündigen (§ 643).

1. Wenn für die Herstellung eines Werkes eine Handlung des Bestellers erforderlich ist, so kann beim Unterlassen der Handlung der Unternehmer nicht auf deren Vornahme klagen, falls sich nicht ausnahmsweise der Besteller zur Vornahme der Handlung verpflichtet hat[15]. Der Unternehmer ist auch nicht berechtigt, die Handlung selbst vorzunehmen[16]. Nimmt er sie vor, so haftet der Besteller nur nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag[17]. Vielmehr bestimmen sich die Rechte des Unternehmers, falls die vom Besteller vorzunehmende, aber nicht vorgenommene Handlung dauernd unmöglich geworden ist, nach den Vorschriften der §§ 323 ff., anderenfalls, d. h. wenn die Handlung vorgenommen werden kann, aber nicht vorgenommen ist, wenn also der Besteller in Verzug der Annahme gekommen ist, nach den §§ 300 ff., 642, 643[18].

2. Ist der Besteller mit der Vornahme der Handlung im Verzuge, so kann der Unternehmer, da er während der Zeit des Annahme-Verzugs seine Arbeitskraft nicht anderweitig verwenden kann, eine angemessene Entschädigung verlangen (§ 642 Abs. 1). Der Bemessung der Entschädigung ist die ausdrücklich oder stillschweigend vereinbarte Vergütung (§§ 631 Abs. 1, 632) zu Grunde zu legen. Diese Vergütung ist nach dem Verhältnisse der für die Herstellung des Werkes erforderlichen Zeit zu der Dauer des Verzugs[19] herabzusetzen oder zu erhöhen[20]. Von dem auf diese Weise festgesetzten Betrag ist

---

[14] Z. B. der Besteller eines Portraits sitzt dem Maler nicht, der Inserent schickt den Text des Inserats nicht, der Besteller eines Anzugs kommt nicht zur Anprobe; Jemand bestellt den Barbier und ist zur bestimmten Zeit nicht zu Hause; der Bauherr liefert dem Baumeister die erforderlichen Materialien nicht.

[15] Liegt eine Verpflichtung des Bestellers vor, so kommen beim Unterlassen der Handlung die Vorschriften über den Schuldner-Verzug zur Anwendung. Vgl. Oertmann Anm. 7 zu § 642.

[16] Eine Ausnahme siehe HGB. §§ 381 Abs. 2, 375 Abs. 2.

[17] Vgl. Planck Anm. 1 zu § 642. — Wenn der Inserent den Text des Inserats nicht aufgiebt, so kann der Zeitungsverleger nicht selbst ein ihm geeignet erscheinendes Inserat zusammenstellen, dies abdrucken und dann die Insertionsgebühr beanspruchen, weil er bereits vorgeleistet habe. Er kann vielmehr nur Zahlung nach Abdruck der von dem Inserenten noch aufzugebenden Inserate beanspruchen (§ 322 Abs. 2) und außerdem die Rechte aus den §§ 642, 643 geltend machen. Wenn dagegen der Baumeister, dem noch 10000 vom Bauherrn zu liefernde Steine fehlen, diese Steine selbst anschafft, so kann er nach vertragsmäßiger Fertigstellung des Baues die Vergütung und Ersatz des für die Steine gezahlten angemessenen Preises sowie eine Entschädigung nach § 642 fordern (§§ 683, 670). — Darüber daß der Unternehmer trotz der Unterlassung der vom Besteller vorzunehmenden Handlung nicht die Entrichtung der Vergütung ohne Ablieferung beziehungsweise Vollendung des Werkes verlangen kann, siehe oben § 90 Anm. 3 S. 351, § 96 S. 372 ff.

[18] Ein Verschulden des Gläubigers setzt der Annahme-Verzug nicht voraus. Siehe oben § 89 S. 348. Vgl. auch M. II S. 494 ff.

[19] So zutreffend Oertmann Anm. 5a zu § 642, der mit Recht bemerkt, daß der gesetzgeberische Gedanke des § 642 Abs. 2 nicht besonders klar zum Ausdrucke gelangt sei.

[20] Wenn der Unternehmer durch den Verzug des Bestellers mehr Zeit versäumt, als die Herstellung des Werkes in Anspruch genommen hätte, so kann die Entschädigung höher sein als die vereinbarte Vergütung. Ebenso Cosack I § 148 II 2b. A. hat zum Umzuge den Tapezier B. bestellt, der in der neuen Wohnung 6 Paar Gardinen gegen eine Vergütung von 1 M. für jede Gardine anbringen und mit der Arbeit am Nachmittage des 3. October beginnen soll. B. findet sich um 1 Uhr am bestimmten Tage ein, kann jedoch erst um 3 Uhr mit der Arbeit beginnen, weil die Gardinen erst um diese Zeit von

dasjenige in Abzug zu bringen, was der Unternehmer etwa in Folge des Verzugs an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwerben kann (§ 642 Abs. 2)[21]. In letzterer Beziehung kommt hier, anders als in den Fällen der §§ 324 Abs. 1 S. 2, 615 S. 2 und 649 S. 2, nicht nur dasjenige in Betracht, was der Unternehmer anderweitig erwirbt oder zu erwerben böslich unterläßt, sondern alles, was er erwirbt oder nach den konkreten Umständen erwerben konnte[22].

3. Der Unternehmer kann ferner beim Annahme-Verzuge des Bestellers diesem eine angemessene Frist zur Nachholung der Handlung bestimmen mit der Erklärung, daß er den Vertrag kündige, wenn die Handlung nicht bis zum Ablaufe der Frist vorgenommen werde. Erfolgt die Nachholung bis zum Ablaufe der Frist nicht, so gilt der Vertrag mit deren Ablauf als aufgehoben (§ 643), ohne daß es einer nochmaligen Erklärung des Unternehmers bedarf. Dieser kann dann einen der von ihm bereits geleisteten Arbeit entsprechenden Theil der Vergütung und Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen (§ 645 Abs. 1 S. 2, S. 1)[23]. Beruht das Unterlassen der Handlung auf einem Verschulden des Unternehmers, so muß der Besteller die ganze Vergütung nach Maßgabe des § 324 entrichten (§ 645 Abs. 2)[24].

4. Die Kündigung hebt den Vertrag nur für die Zukunft auf, während er, anders als beim Rücktritte, für die Vergangenheit wirksam bleibt[25]. Daher bleibt auch im Falle des § 643 der Anspruch aus dem § 642 für die Zeit bis zum Ablaufe der Nachfrist bestehen. Ueber diesen Zeitpunkt hinaus kann der Unternehmer einen Entschädigungsanspruch aus dem § 642 nicht geltend machen[26].

---

der Waschanstalt zurückgeliefert werden. Dann kann er, wenn die ganze Arbeit 6 Stunden in Anspruch nimmt, von A. eine Entschädigung von 2 M. verlangen. Wurde B., nachdem er den ganzen Nachmittag vergeblich auf die Gardinen gewartet hatte, auf den nächsten Vormittag um 8 Uhr bestellt und werden die Gardinen auch dann erst um 10 Uhr geliefert, so kann er 8 M. als Entschädigung beanspruchen. — Der Besteller kann den Entschädigungsanspruch auf den Betrag der vereinbarten Vergütung begrenzen, wenn er den Vertrag gemäß § 649 rechtzeitig kündigt.

[21]) Im Falle der Anm. 20 muß B., um in die Wohnung des A. und wieder zurück zu gelangen, die Straßenbahn für je 10 Pfg. benutzen. Diese 20 Pfg. kann er nicht neben der vereinbarten Vergütung erstattet verlangen. Hatte ihm nun A. am Vormittage des 2. October mitgetheilt, die Gardinen seien noch nicht zur Stelle, er solle erst am 3. um 8 Uhr früh kommen, so müssen von den 8 M. die am 2. ersparten 20 Pfg. Straßenbahngeld in Abzug kommen, so daß B. nur 7,80 M. verlangen kann. — Konnte er am Nachmittage des zweiten October noch bei einem anderen Umzuge thätig sein und dabei 5 M. verdienen, so besteht sein Entschädigungsanspruch gegen A. nur noch in Höhe von 2,80 M.

[22]) Vgl. Prot. VI S. 385 unter 10. Hier wird als Grund für die Abweichung angeführt, daß im § 642 „nur die Grundlage für die Feststellung der Entschädigung gegeben werden soll, auf welcher das richterliche Ermessen, ohne an das Ergebniß der reinen rechnerischen Subtraktion gebunden zu sein, im einzelnen Falle die angemessene Entscheidung zu treffen habe". Dies dürfte aber auf die §§ 324, 615, 649 ebenso zutreffen wie auf den § 642. Jedenfalls aber ist es keine Rechtfertigung dafür, daß in dem einen Falle nur der böslich unterlassene, in dem anderen jeder unterlassene Erwerb berücksichtigtigt werden soll. — Wenn im Falle der Anm. 20 und 21 der rechtzeitig benachrichtigte Tapezier B. sich garnicht nach anderer Arbeit für den Nachmittag des 2. Oktober umsieht, obwohl er zur Umzugszeit leicht Arbeit finden konnte, so muß er sich, trotzdem er nichts verdient, den Betrag, den er verdienen konnte, von der Entschädigungssumme in Abzug bringen lassen.

[23]) Siehe hierüber unten § 176 unter 6 S. 665.

[24]) Vgl. Schöller in Gruchot Bd. 46 S. 34.

[25]) Siehe oben § 102 Anm. 2 S. 398.

[26]) Ebenso Oertmann Anm. zu § 643, Schöller in Gruchot Bd. 46 S. 34 und Planck Anm. 3 zu § 643, von dem Oertmann a. a. O. irrthümlich annimmt, er behaupte das Gegentheil. Nicht klar ist die Bemerkung von Kuhlenbeck zu § 643, der Entschädigungs-

da mit der Aufhebung des Vertrags auch der Annahme-Verzug des Bestellers aufhört. Der Unternehmer kann also, wenn er beim Annahmeverzuge des Bestellers den Vertrag gemäß § 643 kündigt, für die Zeit bis zum Ablaufe der Nachfrist eine Entschädigung nach § 642 und daneben eine Vergütung nach § 645 verlangen. Hat der Unternehmer noch keine Arbeit geleistet und auch keine Auslagen gemacht, so steht ihm nur der Entschädigungsanspruch aus § 642 zu[27]).

5. Die Vorschriften der §§ 642, 643 beziehen sich nur auf einen Verzug des Bestellers bei der Herstellung des Werkes, nicht auf einen Verzug bei der Annahme des bereits hergestellten Werkes. Hier finden ausschließlich die allgemeinen Vorschriften der §§ 300 ff. und des § 644 Abs. 1 S. 2 Anwendung.

§ 176. Der Uebergang der Gefahr[1]).

1. Unter Tragung der Gefahr versteht man bei gegenseitigen Verträgen die Belastung mit den Folgen der Unmöglichkeit der Leistung, die nach dem Vertragsabschluß in Folge eines von keinem Theile zu vertretenden Umstandes eintritt[2]). Wer nach den Vorschriften des Gesetzes die Gefahr zu tragen hat, hat die gesetzlich bestimmten Folgen einer solchen Unmöglichkeit der Leistung zu tragen. Das BGB. bestimmt im § 323 diese Folgen grundsätzlich dahin[3]), daß bei gegenseitigen Verträgen derjenige, dessen Leistung unmöglich geworden ist, den Anspruch auf die Gegenleistung verliert. Wer die Gefahr trägt, verliert also, wenn die betreffende Leistung bis zu dem Zeitpunkt, in dem die Gefahr auf den Anderen übergeht, in Folge eines von keinem Theile zu vertretenden Umstandes unmöglich wird, den Anspruch auf die Gegenleistung. Er behält diesen Anspruch, wenn die Leistung nach dem Zeitpunkte des Ueberganges der Gefahr unmöglich wird[4]).

§§ 644, 646. 2. Aus der Vorschrift des § 323 ergiebt sich, daß der Zeitpunkt, bis zu dem der Schuldner die Gefahr zu tragen hat, regelmäßig der Zeitpunkt der Erfüllung ist[3]). Nur wenn der Gläubiger in Verzug der Annahme kommt, geht die Gefahr auf ihn bereits mit dem Zeitpunkt über, in dem er in Verzug geräth (§ 324 Abs. 2). Für den Werkvertrag beläßt es das Gesetz grundsätzlich bei dieser Regel. Der Unternehmer trägt die Gefahr bis zur vollständigen Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen, also regelmäßig nicht

---

anspruch aus § 642 bleibe sowohl vor wie nach erfolglosem Ablaufe der Frist und dadurch bewirkter Aufhebung des Vertrags bestehen.

[27]) Schöller a. a. O. S. 34.

[1]) Vgl. hierzu Oertmann, der Zufall bei der Werkverdingung in Grünhuts Zeitschrift Bd. 24 S. 1 ff.

[2]) Vgl. Oertmann a. a. O. S. 3 und Anm. 1 zu § 644, Dernburg II § 318 I, Planck Vorbem. 1 vor § 644, Kuhlenbeck Anm. 1 zu § 644.

[3]) Siehe oben § 97 unter I, 1 S. 374.

[4]) Wenn die von A. an B. verkaufte Sache vor der Uebergabe (§ 446) durch Zufall untergeht, so kann A. den Kaufpreis von B. nicht fordern (§ 323). Geht sie nach der Uebergabe unter, so muß B. den Kaufpreis zahlen und zwar z. B. auch dann, wenn A. die Sache als eine fremde verkauft und er dem B. das Eigenthum noch nicht verschafft hatte (§ 433). Wenn der Verpflichtete die Leistung vollständig bewirkt, z. B. A. die Sache dem B. übergeben und ihm das Eigenthum verschafft hat, so kann man von einer Gefahr in Bezug auf die Bewirkung der Leistung nicht mehr sprechen, da die Verpflichtung erloschen ist (§ 362). Ein zufälliger Untergang der Sache, welche Gegenstand der Leistung war, kann daher die Verpflichtung des Anderen zur Gegenleistung nicht mehr in Frage stellen. — Unberührt durch den Uebergang der Gefahr bleiben die Rechte des Bestellers wegen Mängel des Werkes. M. II S. 500.

nur bis zur Herstellung, sondern bis zur Abnahme[5]), da er ja erst bei dieser die Vergütung zu beanspruchen hat (§ 641 Abs. 1) und nur, wenn nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist[6]), bis zur Vollendung des Werkes (§§ 644 Abs. 1 S. 1, 646)[7]). Kommt der Besteller in Verzug der Annahme, so geht die Gefahr auf ihn über (§ 644 Abs. 1 S. 2)[8]).

3. Das Gesetz bestimmt jedoch in Bezug auf den Zeitpunkt des Gefahrüberganges eine Ausnahme von der Regel. Wenn der Unternehmer das Werk auf Verlangen des Bestellers nach einem anderen Orte als dem Erfüllungsorte versendet, so geht die Gefahr nicht erst mit der Abnahme auf den Besteller über, sondern schon mit der Auslieferung des Werkes an den Spediteur, den Frachtführer oder die sonst zur Ausführung der Versendung bestimmte Person oder Anstalt (§§ 644 Abs. 2, 447 Abs. 1)[9]). Der Besteller trägt von diesem Zeitpunkt an nicht nur die Gefahr des Transports, d. h. derjenigen Zufälle, welche ihren Grund in dem Transporte selbst haben, sondern jede Gefahr[10]).

4. Gegenstand des Werkvertrags ist die Herstellung des Werkes, die Vergütung ist für das hergestellte Werk nach dessen Vollendung bei der Abnahme zu entrichten (§§ 631, 641)[11]). Hieraus folgt, daß die Gefahr, über deren Tragung der § 644 Bestimmung trifft, jeder von keiner Partei zu vertretende Umstand ist, welcher die Vollendung des Werkes beziehungsweise dessen Abnahme unmöglich macht. Die Vorschrift des § 644 bezieht sich daher nicht nur auf die Gefahr, welche den G e g e n s t a n d der Herstellung, das ganz oder theilweise hergestellte Werk, trifft, sondern auch auf jede Gefahr der H e r s t e l l u n g s e l b s t, mag sie in der Sphäre des Unternehmers oder in der des Bestellers eintreten[12]).

---

[5]) Siehe oben § 173 Anm. 8 S. 638 über die Pflicht der Ablieferung und § 173 S. 642 unter b über den Begriff der Abnahme. Vgl. M. II S. 498. — Wird das Werk in Theilen abgenommen, so geht die Gefahr stets bezüglich des abgenommenen Theiles auf den Besteller über. Dernburg II § 314 Anm. 6.

[6]) Siehe oben § 173 S. 644 unter c.

[7]) a) A. übergiebt dem B. ein Kleid zum Färben oder Reinigen. A. soll das Kleid am 30. October von B. wieder abholen. Am 29. October, nachdem das Kleid bereits fertig gestellt ist, bricht im Geschäftslokale des B. Feuer aus, bei dem das Kleid vernichtet wird. Dann kann B. die vereinbarte Vergütung nicht verlangen. b) Wenn C., der Besitzer einer Gemälde-Gallerie, den Maler D. mit der Restaurierung eines Bildes in der Gallerie beauftragt und das Bild, nachdem die Restaurierung erst halb vollendet ist, ohne Verschulden des C. gestohlen wird, so hat D. keinen Anspruch auf eine Vergütung. — c) Auch wenn ein Bau vor der Uebergabe an den Bauherrn einstürzt oder sonst Schaden leidet, trifft der Verlust den Baumeister, nicht den Bauherrn (anders § 967 I, 11 ALR., vgl. Striethorst Arch. Bd. 48 S. 78 ff., Dernburg PP. II § 201 Anm. 10, Eccius II § 138 Anm. 104).

[8]) Holt im Falle a der Anm. 7 A. das Kleid am 30. October nicht ab und verbrennt es am 31., so muß A. die Vergütung zahlen. Ebenso C. im Falle b, wenn das Bild gestohlen wird, nachdem D. den C. vergeblich aufgefordert hat, ihm das Bild zur Restaurierung zur Verfügung zu stellen.

[9]) Näheres über § 447 siehe oben § 131 S. 480 ff. und Prot. II S. 330 ff. Auch § 447 Abs. 2 findet beim Werkvertrag Anwendung.

[10]) Prot. II S. 331.

[11]) Siehe oben § 172 S. 632 ff., § 173 unter II, 3 S. 640.

[12]) Die entgegengesetzte Ansicht, nach der sich die Vorschrift des § 644 nur auf die Gefahr des Werkes, nicht aber auf die Gefahr der Herstellung bezieht (so namentlich Oertmann Anm. 1 zu § 644, Kuhlenbeck Anm. 1 zu § 644, Endemann I § 174 II, 3, vgl. auch Planck Anm. 1 zu § 644), erscheint irrig. Aus dem Wortlaute des Gesetzes ergiebt sich für diese Ansicht nichts, aus dem Wesen des Werkvertrags ergiebt sich, wie im Texte ausgeführt ist, das Gegentheil. Hierzu kommt, daß das Gesetz an anderen Stellen es ausdrücklich sagt, wenn es seine Vorschrift auf die Gefahr des Unterganges und der Verschlechterung der Sache beschränken will (vgl. §§ 446 Abs. 1, 558 Abs. 1, 2380). Im Gegensatze zu einer solchen Beschränkung bestimmte E. I § 576 ausdrücklich: Der Ueber

Ob also durch einen Zufall das ganz oder theilweise hergestellte Werk untergeht oder dem Unternehmer die Herstellung durch Krankheit unmöglich gemacht wird oder ob die Herstelluung oder die Abnahme durch einen die Person des Bestellers betreffenden Zufall **dauernd** unmöglich geworden ist, in allen Fällen hat der Unternehmer die Gefahr zu tragen, d. h. er verliert den Anspruch auf die Vergütung [13]).

---

nehmer trägt . . . **die Gefahr, insbesondere** die Gefahr des zufälligen Unterganges und der zufälligen Verschlechterung des Werkes. Die zweite Kommission hat hieran sachlich nichts geändert (Prot. II S. 329), sondern nur den erläuternden Zusatz „insbesondere" u. s. w. fortgelassen, wodurch es um so deutlicher geworden ist, daß die Vorschrift sich auf **jede** Gefahr bezieht (vgl. auch Prot. II S. 332 ff.). Endlich aber beruht die einschränkende Auslegung auf einer Verkennung der Bedeutung, welche der Vorschrift über die Tragung der Gefahr zukommt. Wenn sich § 644 nicht auf die Gefahr der Herstellung des Werkes bezieht, welche Vorschriften kommen dann für diese in Anwendung? Nach Oertmann a. a. O. die §§ 323 ff., d. h. die §§ 323 und 324 Abs. 2. (Der von Oertmann hervorgehobene Fall eines Verschuldens des Bestellers muß hier ausscheiden, da beim Vorliegen eines Verschuldens die Vorschriften über Tragung der Gefahr nicht in Frage kommen.) Aber die Bestimmung, daß Jemand die Gefahr zu tragen hat, hat ja gar keine andere Bedeutung, als die Anwendung der §§ 323, 324 Abs. 2 auf seinen Anspruch auf die Gegenleistung vorzuschreiben (siehe oben unter 1 S. 661). Danach erscheint der ganze Streit gegenstandslos, wenn man anerkennt, daß der Zeitpunkt des Gefahrüberganges schon nach § 323 erst die Abnahme des Werkes ist (siehe oben unter 2 S. 662 und M. II S. 498). Nimmt man dagegen an, daß ohne die Vorschrift des § 644 der Unternehmer die Gefahr nur bis zur Vollendung des Werkes zu tragen haben würde, so würde allerdings die einschränkende Auslegung die Folge haben, daß nach der Vollendung des Werkes die Gefahr bis zur Abnahme, soweit sie nicht das Werk selbst, sondern die Person des Unternehmers oder des Bestellers trifft, im Gegensatze zu der Bestimmung des § 644 der Besteller, nicht der Unternehmer zu tragen hat. Die zweite Annahme erscheint aber in Rücksicht auf § 641 ausgeschlossen. — Die Vorschrift des Abs. 2 des § 644 kommt ihrem Inhalte nach nur für das hergestellte Werk in Betracht.

[13]) Eine Ausnahme besteht nur für den Fall, daß die Herstellung durch einen die Person des Bestellers betreffenden Zufall, z. B. durch Krankheit des Bestellers, **zeitweise** unmöglich wird. Dann liegt ein Annahmeverzug vor (siehe oben § 170 Anm. 5 S. 618 ff.), auf den § 642 Anwendung findet. (Vgl. Oertmann in Grünhuts Zeitschrift Bd. 24 S. 69.) — A. in Potsdam bestellt beim Zahnarzte B. in Berlin die Anfertigung eines künstlichen Gebisses für sich. 1. Nach der Fertigstellung des Gebisses ist noch eine kleine Aenderung erforderlich. B. sagt dem A., er brauche das Gebiß nicht mehr anzuprobieren, A. erklärt, er werde es am anderen Tage abholen lassen. Als B. am nächsten Tage das nun passende Gebiß dem Boten des A. aushändigen will, läßt er es, ohne daß ihn ein Verschulden trifft, fallen, so daß das Gebiß zerbricht. 2. Auf Verlangen des A. sendet ihm B. das Gebiß durch die Post zu. Die Sendung geht auf der Post verloren. 3. B. nimmt einen Abdruck und bestellt A. nach 3 Tagen wieder zu sich, um das Gebiß das erste Mal anzuprobieren. Vor dem für die Anprobe festgesetzten Tage stirbt A. oder B. 4. Nach Fertigstellung des Gebisses, aber bevor es B. dem Verlangen des A. entsprechend zur Post gegeben hat, stirbt A. 5. Im Falle 4 stirbt B. 6. A. stirbt, nachdem das Gebiß zur Post gegeben ist. 7. Im Falle 3 wird A. krank, so daß er erst nach 2 Wochen zur Anprobe kommen kann. In den Fällen 1, 3 und 4 hat B. keinen Anspruch auf Vergütung, in den Fällen 2, 5 und 6 sind A. beziehungsweise seine Erben zur Zahlung verpflichtet Im Falle 3 hat auch der Tod des B. eine Unmöglichkeit der Leistung zur Folge, weil nach den Umständen anzunehmen ist, daß B. persönlich zur Herstellung des Gebisses verpflichtet sein solle (siehe oben § 173 unter I, 1 S. 637, vgl. auch M. II S. 504 ff.). Dagegen ist im Falle 5 der Tod des B. unerheblich, die Zusendung des fertigen Gebisses kann auch durch die Erben erfolgen. Im Falle 7 finden die §§ 642, 643 Anwendung. — Die Resultate entsprechen allerdings nicht immer der Billigkeit. Dies kann aber nicht dazu führen, die Vorschriften des Gesetzes außer Anwendung zu setzen. Vgl. z. B. Kohler im Arch. f. bürgerl. R., Bd. 13 S. 258 ff., nach dessen Ansicht in allen Fällen der zufälligen und zwar auch der dauernden Unmöglichkeit der Herstellung, die in der Person des Bestellers ihren Grund hat, ein Annahme-Verzug vorliegt und deshalb § 642 anzuwenden ist, und dagegen die zutreffenden Bemerkungen von Oertmann Anm. 3, a, β zu § 644.

5. Der Unternehmer, welcher die Gefahr zu tragen hat, verliert, wenn die Herstellung des Werkes in Folge eines von keiner Partei zu vertretenden Umstandes unmöglich wird, jeden Anspruch, also nicht nur den Anspruch auf die Vergütung für seine Arbeit, sondern auch den Anspruch auf Ersatz von Auslagen und dies selbst dann, wenn der Ersatz der Auslagen neben der Vergütung vereinbart war [14]). Er kann also z. B. Ersatz für den von ihm selbst angeschafften Stoff nicht verlangen. Ebenso wenig ist er aber verpflichtet, dem Besteller für den von diesem gelieferten Stoff, falls er zufällig untergeht oder verschlechtert wird, Ersatz zu leisten. Die Tragung der Gefahr hat den Verlust des Anspruchs auf die Gegenleistung, niemals aber die Verpflichtung zu einer Leistung an den Anderen zu Folge. Der Unternehmer ist danach für einen Zufall, der den vom Besteller gelieferten Stoff trifft, nicht verantwortlich (§ 644 Abs. 1 S. 3) [15]). Gleichgültig ist dabei, ob sich der Stoff im Gewahrsame des Unternehmers oder des Bestellers befindet [16]).

§§ 645, 646. 6. Nur in einem Falle bleibt dem Unternehmer der Anspruch auf die Vergütung und auf Ersatz der Auslagen wenigstens theilweise erhalten, nämlich wenn der von keiner Partei zu vertretende Umstand [17]), welcher vor dem Uebergange der Gefahr auf den Besteller [18]) den Untergang, die Verschlechterung oder die Unausführbarkeit des Werkes zur Folge hat, in einem

---

[14]) Die entgegengesetzte Ansicht von Cosack (I § 148 unter I, 2, d und unter III, 2, a) erscheint unbegründet. Auch wenn ein Werkvertrag der Vorschrift des § 675 und damit der des § 670 unterliegt, bleibt er doch ein Werkvertrag, bei dem nach § 644 der Besteller ohne Abnahme zu einer Gegenleistung nicht verpflichtet ist. Hält man den Besteller zum Ersatze von Auslagen für verpflichtet, so bürdet man ihm damit einen Theil der Gefahr auf, die nach § 644 eben der Unternehmer zu tragen hat. Mit Recht hebt Planck Vorbem. 2 d vor § 644 hervor, daß die Vorschriften der §§ 644, 645 dispositiver Natur sind, daß die Betheiligten die Tragung der Gefahr in allen Punkten anders regeln können, daß Verkehrssitten vorhanden sind, welche den Unternehmer günstiger stellen, als dies das Gesetz thut, und daß auf diese Weise sich die Härten des Gesetzes im Leben von selbst mindern.

[15]) Im Falle a der Anm. 7 S. 662 kann A. von B. Ersatz des zur Reinigung übergebenen Kleides nicht fordern. Hatte B. die Sachen seiner Kunden gegen Feuer versichert, so kann A. Zahlung der Versicherungssumme verlangen, wogegen er zur Entrichtung der Vergütung verpflichtet bleibt (§§ 281 Abs. 1, 323 Abs. 2). Vielfach wird es der Verkehrssitte entsprechen (siehe Anm. 14 a. E.), daß in Fällen, wie dem vorliegenden, eine Verpflichtung zur Versicherung besteht und daß daher der Unternehmer beim Unterlassen der Versicherung auf Grund seines Verschuldens nach § 280 ersatzpflichtig ist.

[16]) Neumann Anm. III zu § 644.

[17]) Hat eine Partei den betreffenden Umstand zu vertreten, so finden die Vorschriften der §§ 324, 325 Anwendung (vgl. § 645 Abs. 2). Das Gesetz hat dadurch nicht an Deutlichkeit gewonnen, daß im § 645 Abs. 1 S. 1 im Gegensatze zu E. I § 577 nur das Fehlen eines vom Unternehmer, nicht auch eines vom Besteller nicht zu vertretenden Umstandes hervorgehoben ist. Doch zeigt der Abs. 2 des § 645 mit genügender Deutlichkeit, daß Abs. 1 den Fall des Verschuldens des Bestellers nicht treffen will (vgl. M. II S. 500, Prot. II S. 332). Die Ansicht von Kuhlenbeck (Anm. 2 zu § 645), daß es sich im § 645 nicht um Zufall, sondern um ein Verschulden des Bestellers handele, ist danach irrig.

[18]) Nach dem Wortlaute der §§ 645, 644 beziehen sich diese nur auf den Fall, daß der Untergang, die Verschlechterung, die Unausführbarkeit vor der Abnahme beziehungsweise vor der Vollendung des Werkes eintreten. Gemeint ist der Zeitpunkt des Ueberganges der Gefahr, so daß § 645 auch im Falle des § 644 Abs. 2 Anwendung findet. Geht das Werk vor der Abnahme, aber nach der Auslieferung an den Spediteur in Folge eines Mangels des vom Besteller gelieferten Stoffes zufällig unter, so bestimmen sich die Ansprüche des Unternehmers nicht nach § 645, er behält vielmehr seinen Anspruch auf die Gegenleistung.

Mangel des von dem Besteller gelieferten Stoffes[19]) oder in einer von dem Besteller für die Ausführung ertheilten Anweisung besteht. Dann kann der Unternehmer einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Theil der Vergütung verlangen. Die Vergütung ist nach dem Verhältnisse der für die vollständige Herstellung des Werkes erforderlichen zu der für das thatsächlich Geleistete aufgewendeten Arbeit festzusetzen[20]). Der Unternehmer kann danach die ganze Vergütung beanspruchen, wenn er das Werk vollendet hatte, während ihm ein Anspruch überhaupt nicht zusteht, wenn er gar keine Arbeit aufgewendet hat. — Sind in der Vergütung die Auslagen nicht inbegriffen, so kann der Unternehmer deren Ersatz außer dem entsprechenden Theile der Vergütung verlangen (§ 645 Abs. 1 S. 1). Sind die Auslagen inbegriffen, so hat der Unternehmer zwar nur den Anspruch auf den Theil der Vergütung, doch sind bei dessen Festsetzung die Auslagen als ein Theil der geleisteten Arbeit zu berücksichtigen[21]). — Macht der Unternehmer einen Anspruch aus § 645 geltend, so trifft ihn die Beweislast dafür, daß der Untergang, die Verschlechterung oder die Unausführbarkeit des Werkes auf einem Mangel des von dem Besteller gelieferten Stoffes oder auf einer von ihm für die Ausführung ertheilten Anweisung beruht, und daß kein Umstand mitgewirkt hat, den er, der Unternehmer, zu vertreten hat (§ 282)[22]).

Ob der Unternehmer verpflichtet ist, den vom Besteller gelieferten Stoff sowie die von diesem ertheilten Anweisungen zu prüfen und ihm etwaige Mängel und Bedenken mitzutheilen, ist nach den Umständen des einzelnen Falles zu beurtheilen (§ 242). Es hängt insbesondere davon ab, ob der Unternehmer oder der Besteller der eigentliche Sachverständige ist. Liegt eine Prüfungspflicht des Unternehmers vor und wird sie schuldhaft verletzt, so finden nicht die Vorschriften des § 645, sondern die des § 325 Anwendung (§ 645 Abs. 2), doch ist auch die Bestimmung des § 254 zu berücksichtigen[23]).

---

[19]) Unter Stoff im Sinne des § 645 ist jede Sache zu verstehen, die bei der Herstellung des Werkes zu verwenden ist (Oertmann Anm. 1a zu § 645), also z. B. der Stoff, aus dem ein Kleid gefertigt, der gefärbt oder gereinigt werden soll, bei einem Baue der Grund und Boden, auf dem das Gebäude errichtet wird, die Steine, das Baugerüst (vgl. Dernburg II § 318 Anm. 9 S. 434).

[20]) Vgl. Dernburg II § 318 Anm. 10 S. 434, Oertmann Anm. 2, b zu § 645. A. soll für B. gegen eine Vergütung von 20 M. eine Abschrift mit heftographischer Tinte herstellen, die von B. geliefert wird. Nachdem A. 75 Seiten von im Ganzen 100 geschrieben hat, stellt sich heraus, daß die Tinte zur Vervielfältigung nicht geeignet ist. Waren für die ganze Arbeit 25 Stunden erforderlich und hatte A. $18^3/_4$ Stunden gebraucht, so kann er 15 Mk. beanspruchen. Mehr kann er auch nicht verlangen, wenn er langsam gearbeitet und 22 Stunden verwendet hat. Sein Anspruch ist aber auch nicht geringer, wenn er die 75 Seiten in 15 Stunden abgeschrieben hat.

[21]) Anderenfalls würde der Unternehmer leer ausgehen, wenn er nur Auslagen gemacht, aber noch keine Arbeit geleistet hatte. A. giebt dem Schneidermeister B. einen Ueberzieher zum Wenden für den Preis von 15 Mk. B. soll dafür auch neues Futter liefern. Ohne ein Verschulden des A. oder B. stellt sich erst, nachdem B. das Futter gekauft hat, heraus, daß der Ueberzieher nicht gewendet werden kann. Dann bildet die Anschaffung des Futters die geleistete Arbeit im Sinne des § 645. Beträgt der Werth des Futters 5 Mk., so kann B. diesen Betrag als Vergütung verlangen und zwar auch, wenn er 4 oder 6 Mk. für das Futter bezahlt hat. Er könnte nur Ersatz des wirklich gezahlten Betrags verlangen, wenn er mit A. 10 Mk. und Ersatz der Auslagen vereinbart hätte. Vgl. hierzu auch Oertmann Anm. 2c zu § 645.

[22]) Oertmann Anm. 6 zu § 645.

[23]) § 645 Abs. 1 S. 1 findet auch in den Fällen der §§ 643 u. 650 Anwendung (§§ 645 Abs. 1 S. 2, 650 Abs. 1; siehe oben § 175 Anm. 23 S. 660 und unten § 178 unter 3 S. 671).

7. Ob der Unternehmer in den Fällen der §§ 644, 645 berechtigt und verpflichtet ist, ein neues Werk an Stelle des untergegangenen herzustellen oder das verschlechterte auszubessern, wenn dies an sich möglich ist, hängt von dem besonderen Inhalte des Vertrags ab[24]). An sich ist der Unternehmer nur zu einer einmaligen Leistung verpflichtet, doch kann nach den Umständen des einzelnen Falles ein Anderes als vereinbart anzusehen sein.

§ 177. Sicherung des Unternehmers.

Dem Unternehmer sind in Rücksicht darauf, daß durch seine Arbeit der Werth der Sachen erhöht wird, deren Herstellung oder Bearbeitung Gegenstand des Werkvertrags ist, für seine Forderungen zwei Sicherungsmittel gegeben, ein gesetzliches Pfandrecht an beweglichen Sachen und ein Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek an Baugrundstücken.

§ 647. I. Ein gesetzliches Pfandrecht hat der Unternehmer für seine Forderungen aus dem Werkvertrag an den von ihm hergestellten oder ausgebesserten beweglichen Sachen des Bestellers, wenn sie bei der Herstellung oder zum Zwecke der Ausbesserung in seinen Besitz gelangt sind (§ 647).

1. Das Pfandrecht steht dem Unternehmer für alle Forderungen aus dem Werkvertrage zu, so für den Anspruch auf die Vergütung, auch die gemäß den §§ 643, 645, 650 festgesetzte, auf Ersatz der Auslagen, auf Entschädigung nach § 642 sowie für jeden anderen vertraglichen Schadensersatzanspruch. Für Forderungen, welche nicht auf dem Vertrage beruhen, z. B. für einen Anspruch aus einer unerlaubten Handlung[1]), hat der Unternehmer das Pfandrecht nicht.

2. Das Pfandrecht besteht nur an den vom Unternehmer hergestellten oder ausgebesserten beweglichen[2]) Sachen. An Sachen, bezüglich deren die Ausbesserung noch nicht einmal begonnen ist, an Stoffen und Zuthaten, die noch nicht verarbeitet sind, an Werkzeugen, die nur zur Herstellung oder Ausbesserung benutzt werden, steht dem Unternehmer ein Pfandrecht nicht zu. Sie sind keine „hergestellten oder ausgebesserten Sachen", sie haben eine Wertherhöhung durch die Arbeit des Unternehmers nicht erfahren[3]).

3. Die Sachen müssen bei der Herstellung oder zum Zwecke der Ausbesserung in den Besitz des Unternehmers gelangt sein. Gelangen sie nach der Ablieferung an den Besteller aus einer anderen Veranlassung wieder in den Besitz des Unternehmers, so steht ihm das Pfandrecht für seine frühere Forderung nicht zu[4]). Dagegen besteht das Pfandrecht, wenn die Sache aus einer anderen Veranlassung in den Besitz des Unternehmers gelangt ist und erst während seines Besitzes der Werkvertrag abgeschlossen worden ist. Hier hat

---

[24]) Das Gleiche gilt übrigens auch beim Vorliegen eines Verschuldens des Unternehmers oder des Bestellers. Vgl. M. II S. 498, 499, 500, Planck Vorbem. 4 vor § 644.

[1]) Vgl. Oertmann Anm. 2 zu § 647. Wenn das Pferd des A., das in der Schmiede des B. beschlagen wird, den B. beißt oder ihn durch Ausschlagen verletzt, hat B. für seine Schadensersatzforderung aus § 833 kein Pfandrecht an dem Pferde.

[2]) Ein Pfandrecht an unbeweglichen Sachen giebt es nach dem BGB. nicht. Für Grundstücke kommt nur § 648 in Betracht.

[3]) Siehe oben. Vgl. auch Oertmann Anm. 3c zu § 647.

[4]) A. übergiebt den von B. gefertigten noch nicht bezahlten Rock, zu dem A. den Stoff geliefert hatte, dem B. zur Ausbesserung. Dann hat B. ein Pfandrecht an dem Rocke nur wegen seiner Forderung für die Ausbesserung, nicht wegen der Forderung für die Anfertigung des Rockes.

der Unternehmer vom Vertragschluß an den Besitz zum Zwecke der Herstellung des Werkes [5]).

4. Die Sachen müssen in den Besitz des Unternehmers gelangt sein (§§ 854, 868). Stellt der Unternehmer die Sache her oder bessert er sie aus, ohne daß sie in seinen Besitz gelangt, führt er z. B. die Arbeiten in der Behausung des Bestellers aus, so steht ihm das Pfandrecht nicht zu [6]).

5. Das Pfandrecht besteht nur an den Sachen des Bestellers, nicht aber an Sachen, die einem Dritten gehören [7]).

6. Unter den angegebenen Voraussetzungen steht dem Unternehmer kraft Gesetzes ein Pfandrecht zu. Auf dieses kraft Gesetzes entstandene [8]) Pfandrecht finden die Vorschriften über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht entsprechende Anwendung (§ 1257). Insbesondere gelten für die Befriedigung des Unternehmers aus dem Pfande die §§ 1228 ff., für das Erlöschen des Pfandrechts die §§ 1252 ff. Auch im Konkurse des Bestellers steht das Pfandrecht des Unternehmers einem durch Rechtsgeschäft bestellten Pfandrechte gleich (KO. § 49 Abs. 1 No. 2) [9]).

§ 648.

II. Einen Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek an dem Baugrundstücke des Bestellers hat der Unternehmer eines Bauwerkes oder eines Theiles eines Bauwerkes für seine Forderungen aus dem Vertrage (§ 648 S. 1).

1. Der Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek steht jedem Unternehmer eines Bauwerkes zu, d. h. jedem, der einen Werkvertrag abschließt, durch den er sich zur Herstellung eines Bauwerkes verpflichtet. Es muß sich also um den Unternehmer eines Werkvertrags handeln. Wer mit dem Eigenthümer des Baugrundstücks andere Verträge schließt, deren Gegenstand Leistungen sind, die für die Herstellung des Werkes verwendet werden, kann die Einräumung einer Sicherungshypothek nicht verlangen, so z. B. nicht die Verkäufer von Baumaterialien und die Bauarbeiter [10]). Auch dem Unternehmer bei einem

---

[5]) Jemand übergiebt seine Blumentöpfe für die Zeit einer Reise einem Gärtner zur Aufbewahrung. Nach seiner Rückkehr beauftragt er den Gärtner, die Pflanzen, bevor er sie zurückgiebt, umzusetzen. Dann hat der Gärtner wegen der Vergütung für das Umsetzen ein Pfandrecht an den Blumentöpfen.

[6]) Die Schneiderin, welche in der Wohnung der Bestellerin ein Kostüm anfertigt, hat kein Pfandrecht an diesem; ebensowenig ein Handwerker, der im Hause des Bestellers eine Reparatur vornimmt, an der ausgebesserten Sache.

[7]) Siehe Anm. 8. An den ihm selbst gehörigen Sachen kann der Unternehmer kein Pfandrecht haben; er bedarf dessen auch nicht. Deshalb findet § 647 im Falle der Werklieferung nicht Anwendung (§ 651 Abs. 1 S. 2).

[8]) Siehe hierüber oben § 157 unter 2 S. 568. Der Unternehmer erlangt danach das Pfandrecht an Sachen, die dem Besteller nicht gehören, auch dann nicht, wenn er sich bezüglich dieser Sachen in gutem Glauben befand. Obwohl auf die Entstehung des Pfandrechts auch der § 1204 Abs. 2 nicht Anwendung findet, unterliegt es an sich keinem Bedenken, daß das gesetzliche Pfandrecht des § 647 auch für künftige und bedingte Forderungen entsteht. Doch hebt Dernburg (II § 323 II) mit Recht hervor, daß der Unternehmer keinesfalls die Herausgabe der Sache auf Grund seines Pfandrechts verweigern darf, wenn er nach dem Vertrage verpflichtet ist, vorzuleisten. Der Schneider, der die Anfertigung eines Anzugs auf Abzahlung übernommen hat, kann nicht die Ablieferung des Anzugs bis nach Zahlung aller Raten verweigern.

[9]) Das Zurückbehaltungsrecht des § 273 steht dem Unternehmer neben dem Pfandrechte zu.

[10]) Die Frage des Schutzes der Bauhandwerker und Bauarbeiter ist durch § 648 nicht gelöst; sie ist einer gesonderten Regelung vorbehalten worden. Vgl. hierzu Prot. II S. 322 ff., Bericht der Reichstags-Kommission über das BGB. (Berlin, Carl Heymanns Verlag) S. 155 ff., KB. zu § 638 E. IV S. 51 ff., Stenographische Berichte des Reichstags,

Werklieferungsvertrag ist das Recht aus § 648 nicht gegeben (§ 651 Abs. 1 S. 2)[11]. — Nicht erforderlich für die Anwendung des § 648 ist, daß der Unternehmer Baumeister, Bauhandwerker oder überhaupt Sachverständiger ist.

2. Nur dem Unternehmer eines Bauwerkes oder eines einzelnen Theiles eines Bauwerkes steht der Anspruch auf die Sicherungshypothek zu. Gleichgültig ist es, ob es sich um einen Neubau, einen Umbau oder nur um einen Reparaturbau handelt[12]. Ebensowenig kommt es darauf an, ob der Unternehmer das ganze Bauwerk oder nur einen Theil hergestellt hat[13]. Das Gesetz geht aber noch weiter, indem es nicht nur dem Unternehmer eines abschlossenen Theiles, sondern auch den Unternehmern jedes einzelnen Theiles eines Bauwerkes das Recht aus § 648 einräumt, also jedem, der auf Grund eines Werkvertrags an der Errichtung des Baues durch Herstellung eines einzelnen Theiles unmittelbar mitgewirkt hat. Es genügt nicht, daß der Unternehmer einen Gegenstand hergestellt hat, der zwar in dem Bauwerke Verwendung findet, aber nicht durch den Herstellenden selbst, sondern durch einen Anderen in den Bau eingefügt wird. Vielmehr ist der Herstellende nur dann der Unternehmer des einzelnen Theiles des Bauwerkes, wenn er an der Errichtung des ganzen Baues durch Einfügung dieses Theiles mitgewirkt hat[14]. — Unter einem Bauwerk im Sinne des § 648 ist eine durch Verwendung von Arbeit und Material hergestellte mit einem Grundstücke verbundene Sache zu verstehen[15].

3. Der Anspruch steht dem Unternehmer nur in Ansehung des Baugrundstücks des Bestellers zu. Der Gegenkontrahent des Unternehmers muß der Eigenthümer des Baugrundstücks sein. Ist der Besteller ein Bau-

---

9. Legislatur-Periode, IV. Session S. 2815 ff. und die 1897 und 1901 veröffentlichten Gesetzentwürfe. Vgl. auch Oertmann, das gesetzliche Pfandrecht der Bauhandwerker (Wien, 1896) und Oertmann Anm. 1 zu § 648 sowie die dort angeführte Literatur.

[11] Z. B. dem Fabrikanten von Kunstsandsteinen, der die von ihm herzustellenden Steine zu liefern hat. Siehe auch unten § 179 Anm. 28 S. 678.

[12] Vgl. Planck Anm. 2 zu § 648, Oertmann Anm. 3 zu § 648.

[13] Wenn nach Fertigstellung des Baues bis zum ersten Stockwerke durch den Maurermeister A. die Fortführung des Baues dem Maurermeister B. übertragen wird, so steht sowohl dem A. wie dem B. für ihre Forderungen der Anspruch auf die Sicherungshypothek zu.

[14] Der Tischler, der die Fensterrahmen fertigt und einsetzt, ist der Unternehmer eines einzelnen Theiles des Bauwerkes. Ihm steht der Anspruch aus § 648 zu. Wenn dagegen der Tischler die Fensterrahmen nur liefert, während sie von dem Zimmermeister eingesetzt werden, so hat der Tischler regelmäßig nur einen Werklieferungsvertrag geschlossen, bei dem § 648 nicht Anwendung findet. Aber auch wenn ihm der Grundstückseigenthümer das Material zu den Fensterrahmen geliefert hätte, würde der Tischler keinen Anspruch auf die Sicherungshypothek haben, da er zwar etwas anfertigt, was für den Bau Verwendung finden soll, aber nicht an dem Bauwerke selbst arbeitet. Er errichtet nicht einen einzelnen Theil des Bauwerkes, sondern stellt etwas her, mit Hülfe dessen der einzelne Theil errichtet werden soll. Mit Recht hat dem entsprechend auch das Reichsgericht angenommen, daß die Herstellung und Montierung einer Maschine, obwohl diese mit dem Maschinenhause fest verbunden und wesentlicher Bestandtheil des Hauses geworden war, sich nicht als die Herstellung eines Theiles eines Bauwerkes darstellte, weil der Monteur zwar für die Zusammensetzung der Maschine, deren Verbindung mit den Fundamenten und Anbringung der Transmissionen zu sorgen hatte, die Herstellung der Fundamente und der nöthigen Stützpunkte für die Transmissionen aber Sache des Grudstückseigenthümers war (Beilage 4 der JW. 1902 S. 219). Siehe auch unten § 179 Anm. 6 S. 673.

[15] So zutreffend Fischer-Henle Anm. 2 zu § 648, RG. Bd. 30 S. 153. Vgl. Planck Anm. 2, Oertmann Anm. 3 zu § 648. Daß es sich im § 648 nur um ein Bauwerk auf einem Grundstücke handelt, ergiebt sich daraus, daß nur eine Hypothek an dem Baugrundstücke des Bestellers eingeräumt ist.

unternehmer, dem der Eigenthümer den Bau übertragen hat, so kann der Unter-Unternehmer die Einräumung einer Sicherungshypothek nicht verlangen, da ihm nur ein Anspruch gegen den Bauunternehmer zusteht und dieser nicht Eigenthümer des Baugrundstücks ist. Ebensowenig kann der Unternehmer den Anspruch noch geltend machen, wenn der Besteller nicht mehr Eigenthümer des Baugrundstücks ist, z. B. wenn er es veräußert hat[16]).

4. Der Unternehmer kann die Einräumung der Sicherungshypothek für alle Forderungen aus dem Vertrage[17]) verlangen. Nicht erforderlich ist, daß die Forderungen fällig sind. Dagegen entsteht der Anspruch nicht schon mit dem Abschlusse des Vertrags, sondern erst mit der Leistung, d. h. bezüglich der gesammten Forderung des Unternehmers erst mit der Vollendung des Baues. Doch kann der Unternehmer, wenn das Werk noch nicht vollendet ist, die Einräumung der Sicherungshypothek für einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Theil der Vergütung und für die bereits gemachten in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen (§ 648 S. 2).

5. Das Recht, das der § 648 dem Unternehmer gewährt, ist der Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek an dem Baugrundstücke. Der Unternehmer hat nicht, dem Falle des § 647 entsprechend, kraft Gesetzes eine Hypothek, sondern nur einen Anspruch auf Einräumung einer solchen, nicht ein Vorzugsrecht vor allen dinglichen Belastungen des Grundstücks[18]), sondern nur den Anspruch auf Eintragung einer Hypothek, deren Rangverhältniß sich gemäß der allgemeinen Vorschrift nach der Reihenfolge der Eintragungen bestimmt (§ 879), und schließlich nicht den Anspruch auf eine verkehrsfähige Hypothek, vermöge deren er zu seinem Gelde kommen kann, sondern nur den Anspruch auf eine Sicherungshypothek (§§ 1184 ff.).

6. Wenn der Eigenthümer des Baugrundstücks (der Besteller) mit der Eintragung der Sicherungshypothek nicht einverstanden ist oder sie nicht in der gesetzlich vorgeschriebenen Form bewilligt (BGB. § 873, GBO. §§ 19, 29), so ist der Unternehmer genöthigt, auf Einräumung der Hypothek zu klagen. Er ist dabei der Gefahr ausgesetzt, daß bis zur Erzielung eines rechtskräftigen Urtheils der Besteller nicht mehr Eigenthümer des Grundstücks ist oder daß das Baugrundstück so stark belastet worden ist, daß die Eintragung der Hypothek eine Sicherung nicht mehr gewährt. Das dem Unternehmer im § 648 eingeräumte Recht hat deshalb seine eigentliche praktische Bedeutung dadurch, daß zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Sicherungshypothek nach Maßgabe der §§ 883 ff. eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werden kann[19])[20]).

---

[16]) Oertmann Anm. 4 zu § 648. Der Unternehmer muß sich durch Eintragung einer Vormerkung rechtzeitig sichern. Siehe unten unter 6.

[17]) Siehe hierüber oben unter I, 1 S. 666.

[18]) Vgl. hierzu Prot. II, S. 322 ff.

[19]) Vgl. insbesondere § 883 Abs. 1 S. 2, § 885 Abs. 1 S. 2 und Oberneck § 156 S. 722. Nach § 883 Abs. 1 S. 2 ist die Eintragung der Vormerkung nicht von der Vollendung des Werkes oder der theilweisen Leistung der Arbeit abhängig. Vielmehr kann sich der Unternehmer zur Sicherung des künftigen Anspruchs auf die Sicherungshypothek sofort nach Abschluß des Werkvertrags eine Vormerkung eintragen lassen. — Die Vorschrift des § 866 Abs. 3 CPO. findet auf die Sicherungshypothek des § 648 und auf die zu deren Sicherung einzutragende Vormerkung nicht Anwendung. Die Eintragung kann erfolgen, auch wenn die Forderung den Betrag von 300 M. nicht übersteigt. So zutreffend KG. in Bl. f. R. 1901 No. 2 S. 14 ff. — Der Unternehmer kann auch einen Arrest beantragen, wenn dessen Voraussetzungen vorliegen.

[20]) Ein Verzicht auf die Rechte des Unternehmers aus § 648 ist zulässig, da die Vorschrift nicht zwingender Natur ist. Ebenso Planck Anm. 4, Oertmann Anm. 7 zu § 648.

§ 178. Das Kündigungsrecht des Bestellers.

§ 649. Rechtlich hat nur der Besteller ein Interesse an der Herstellung des Werkes: dem Unternehmer steht ein Recht auf die Herstellung nicht zu[1]). Aber auch in thatsächlicher Beziehung liegt die Ausführung des Werkes vorzugsweise im Interesse des Ersteren, während der Unternehmer in der Mehrzahl der Fälle nur ein Interesse an der Vergütung hat. Häufig läßt eine Veränderung in den persönlichen Verhältnissen des Bestellers die Herstellung des Werkes als völlig zwecklos oder doch nicht mehr als erforderlich erscheinen. Das Gesetz trägt diesem Umstande Rechnung, indem es dem Besteller das Recht einräumt, den Vertrag bis zur Vollendung des Werkes jederzeit zu kündigen unbeschadet seiner Verpflichtung, die vereinbarte Vergütung zu zahlen (§ 649)[2]).

1. Die Kündigung seitens des Bestellers kann *bis zur Vollendung des Werkes jederzeit* erfolgen. Nach der Vollendung ist sie nicht mehr zulässig, der Besteller bleibt zur Abnahme des vertragsmäßig hergestellten Werkes gemäß § 640 verpflichtet.

2. Die Kündigung hebt den Vertrag für die Zukunft auf[3]). Der Besteller kann nicht mehr die Herstellung des Werkes, der Unternehmer nicht mehr die Abnahme gegen Entrichtung der Vergütung (§§ 640, 641) verlangen. Auf Grund des § 631 kann der Unternehmer die Vergütung nicht mehr fordern, da der Vertrag nicht mehr besteht. Aus demselben Grunde kann auch die Vorschrift des § 324 nicht Anwendung finden, ganz abgesehen davon, daß die Ausübung des dem Besteller durch das Gesetz gewährten Kündigungsrechts kein Umstand ist, den er zu vertreten hat. Das Gesetz trifft deshalb im § 649 S. 2 eine besondere, der Vorschrift des § 324 Abs. 1 entsprechende Bestimmung: Der Unternehmer kann trotz der Kündigung die vereinbarte Vergütung verlangen; er muß sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er in Folge der Aufhebung des Vertrags an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt.[4]) Wenn der Unternehmer trotz der Kündigung noch Aufwendungen macht oder Arbeiten vornimmt, so kommen diese doch nicht mehr in Betracht.[5]) Für die Vergangenheit bleibt der Vertrag

---

[1]) Siehe oben § 173 unter I, 4 S. 639.

[2]) Vgl. M. II S. 502 ff. Im preußischen Rechte war ein allgemeines Kündigungsrecht des Bestellers nicht anerkannt. § 408 I, 5 ALR. fand nach § 412 ebenda auf die Werkverdingung nicht Anwendung. — Dem *Unternehmer* steht ein jederzeitiges Kündigungsrecht auch nach dem BGB. nicht zu. Vgl. § 643.

[3]) Siehe oben § 102 Anm. 2 S. 398.

[4]) Siehe hierzu oben § 97 unter I, 2 S. 376. Den Beweis dafür, daß sich der Unternehmer auf die Vergütung gemäß § 649 S. 2 etwas anrechnen lassen muß, hat der Besteller zu führen. — Bezüglich des anderweitigen Erwerbes ist zu beachten, ob der Unternehmer trotz der Kündigung seine Arbeitskraft voll ausgenutzt hat oder ob er zwar eine andere Arbeit übernommen hatte, aber die erste trotzdem noch hätte leisten können. Wenn A. sein Abonnement beim Friseur B. kündigt, so kommt es für seine Verpflichtung zur Zahlung nicht allein darauf an, daß B. einen neuen Abonnenten C. erhalten hat, sondern darauf, ob B. nicht außer dem C. auch noch den A. hätte bedienen können. — Kündigt Jemand eine Inseratenbestellung bei einem Blatte, das nur eine Inseratenbeilage von bestimmtem Umfange hat, so hat er nichts zu zahlen, wenn an Stelle des seinigen ein anderes Inserat zu dem gleichen Preise aufgenommen worden ist. Dagegen muß er die Insertionsgebühr entrichten, wenn das Blatt eine beliebige Zahl von Inseraten aufnimmt. Eine Ersparniß an Aufwendungen wird in diesem Falle in der Regel nicht vorliegen.

[5]) Wenn der Schneider trotz der Kündigung den zur Zeit noch nicht in Angriff genommenen Rock in Arbeit nimmt und fertigstellt, so muß er sich doch von der Vergütung z. B. dasjenige abrechnen lassen, was er nach der Kündigung für Zuthaten und Arbeitslohn verausgabt hat.

trotz der Kündigung wirksam.[5]) Der Unternehmer kann für die Zeit vor der Kündigung alle vertraglichen Rechte geltend machen.[6]) Hieraus folgt ferner, daß auch eine theilweise Kündigung des Vertrags zulässig ist, soweit das Werk in selbständigen Theilen abzunehmen oder zu vollenden ist.[7])

§ 650. 3. Eine günstigere Stellung räumt das Gesetz dem Besteller ein, wenn dem Vertrag ein Kostenanschlag zu Grunde gelegt ist und die nach dem § 649 zulässige Kündigung aus dem Grunde erfolgt, daß das Werk nicht ohne eine wesentliche Ueberschreitung des Anschlags ausführbar ist. Dann kann der Unternehmer nur einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Theil der Vergütung und Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen (§§ 650 Abs. 1, 645 Abs. 1 S. 1)[8]) .Voraussetzung für die Anwendung des § 650 ist, daß der Unternehmer nicht die Gewähr für die Richtigkeit des Kostenanschlags übernommen hat[9]) und daß ihn nicht ein Verschulden bei Aufstellung des Anschlags trifft. Ersteren Falles hat der Besteller nicht mehr als die vereinbarte Vergütung zu zahlen, auch wenn der Anschlag überschritten wird. Im Falle des Verschuldens des Unternehmers findet die Vorschrift des § 325 Anwendung. Voraussetzung ist ferner, daß die Ueberschreitung des Anschlags eine wesentliche ist und daß die Kündigung gerade aus dem Grunde erfolgt, daß sich die Ausführbarkeit des Werkes nur unter wesentlicher Ueberschreitung des Anschlags ergeben hat. Gleichgültig ist es, ob der Anschlag von dem Unternehmer oder von einem Anderen herrührt oder ob er bereits beim Vertragschlusse vorlag oder erst später angefertigt worden ist[10]). — Wenn eine wesentliche Ueberschreitung des Anschlags zu erwarten ist, so hat der Unternehmer dem Besteller unverzüglich Anzeige zu machen (§ 650 Abs. 2) Er darf mit der Anzeige nicht so lange warten, bis die beim Rücktritte des Bestellers nach § 650 zu entrichtende Gegenleistung der vollen vereinbarten Ver-

---

[6]) A. bestellt im November 1902 für das Jahr 1903 bei B. den zwölfmaligen Abdruck eines Inserats, je in der am 15. des Monats erscheinenden Nummer des von B. verlegten Blattes. Er schickt trotz Aufforderung den Text des Inserats nicht ein und verhält sich völlig schweigend, bis er am 1. Juli 1903 den Vertrag kündigt. Dann kann B. wegen der ersten 6 Inserate die sich aus dem Annahmeverzug ergebenden Rechte (siehe oben § 175 Anm. 17 S. 659), wegen der letzten nur die Rechte aus § 649 geltend machen. — Auf den Annahmeverzug findet die Vorschrift des § 649 nicht Anwendung. A. M. Oertmann (Anm. 4 zu § 649) für den Fall, daß die Nachleistung für den Unternehmer durch den Verzug des Bestellers dauernd unmöglich werde. Dann liegt aber nicht mehr Annahmeverzug, sondern eine Unmöglichkeit der Leistung vor, auf die § 324 Anwendung findet.

[7]) Wenn der Besteller jederzeit, also auch nach Beginn der Herstellung des Werkes, kündigen kann, und der Vertrag dann für die Vergangenheit wirksam bleibt, so muß er diesen Erfolg auch durch eine Kündigung vor Beginn der Herstellung erreichen können. Im Falle der Anm. 6 kann A. Anfang Dezember den Vertrag zum 1. Juli kündigen. Dann muß B. die ersten 6 Inserate abdrucken, A. die Vergütung für diese unverkürzt entrichten. Für die folgende Zeit ist der Vertrag aufgehoben. — Ist das Werk nicht in Theilen abzunehmen oder zu vollenden, so kann eine theilweise Kündigung nicht erfolgen. Der Besteller eines Rockes kann z. B. nicht derart kündigen daß ihm der Schneider nur den zugeschnittenen Stoff liefern soll. — Vgl. auch Oertmann Anm. 5 zu § 649.

[8]) Siehe oben § 176 unter 6 S. 664. Für diesen Fall war das Kündigungsrecht mit gleicher Wirkung schon nach preußischem Rechte anerkannt. Vgl. Dernburg PP. II § 199 Anm. 21, Eccius II § 138 Anm. 102.

[9]) Die Uebernahme einer solchen Gewähr liegt stets auch dann vor, wenn der Kostenanschlag die Bedeutung hat, die Leistung des Bestellers bestimmt abzugrenzen und nicht nur eine Uebersicht der zu leistenden Arbeiten und eine ungefähre Vorstellung von den entstehenden Kosten zu geben. Vgl. Cosack I § 148 III, 2 b, Planck Anm. 1 zu § 650.

[10]) Planck Anm. 2 zu § 650, Oertmann Anm. 1 b zu § 650.

gütung gleich oder nahe kommt. Verletzt der Unternehmer die Anzeigepflicht, so muß er dem Besteller den Schaden ersetzen, welcher ihm daraus entsteht, daß er den Rücktritt nicht schon zu der Zeit erklärt hat, zu der er ihn bei rechtzeitiger Anzeige hätte erklären können[11]). Für die Fortführung des Werkes nach diesem Zeitpunkte kann der Unternehmer Ansprüche nur nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung geltend machen[12]).

4. Die Vorschriften der §§ 649, 650 sind dispositiver Natur. Der Besteller kann schon beim Vertragschluß auf die Rechte aus den §§ 649, 650 verzichten[13])

Die Vorschrift des § 649 ist eine Sonderbestimmung, ihre analoge Anwendung auf andere Verträge ist unzulässig[14]). Eine Kündigung ohne gesetzlichen oder vertragsmäßigen Grund ist bei anderen Verträgen ohne jede Wirkung. Der Vertrag beibt trotz einer solchen Kündigung seinem ganzen Inhalte nach bestehen[15])[16]).

§ 179. Der Werklieferungsvertrag[1].)

§ 651. I. Von den Werkverträgen, deren Gegenstand die Herstellung einer Sache ist, sind Werklieferungsverträge diejenigen, bei denen der Unternehmer die Sache aus einem von ihm zu beschaffenden Stoffe herzustellen hat und bei denen der Vertrag nicht nur auf die Herstellung, sondern auch auf die Lieferung, d. h. auf die Uebergabe der Sache und die Verschaffung des Eigenthums an der Sache gerichtet ist. In Ansehung dieser Verträge enthält der § 651 zwei Vorschriften. Er bestimmt einmal, daß regelmäßig ein Werklieferungsvertrag vorliegt, wenn der Unternehmer sich verpflichtet, das Werk aus einem von ihm zu beschaffenden Stoffe herzustellen. Dann hat er dem Besteller die hergestellte Sache zu übergeben und das Eigenthum an der Sache zu verschaffen (§ 651

---

[11]) Prot. II S. 336. Hatte der Besteller von der Ueberschreitung ohne Anzeige des Unternehmers Kenntniß, so findet auf den Schadensersatzanspruch § 254 Anwendung.

[12]) Prot. II S. 336.

[13]) Vgl. Cosack I § 149 unter 6, Oertmann Anm. 3 zu § 649. Wirksam ist z. B. der häufig in Inseratenbestellscheinen enthaltene Vermerk, daß der Besteller auf Kündigung der Bestellung verzichtet.

[14]) Die entgegengesetzte Ansicht von Kohler (Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 169) und Oertmann (Anm. 5 zu § 649) erscheint unzutreffend. Nach dem BGB. giebt es kein allgemeines Prinzip, nach dem bei allen Verträgen einer Partei das Recht zustände, den Vertrag jederzeit durch Kündigung aufzuheben. Vgl. die folgende Anmerkung.

[15]) Wenn z. B. der Dienstberechtigte den Dienstvertrag grundlos kündigt, so ist zwar bezüglich der Vergütung nach § 324 die Wirkung zunächst die gleiche wie nach § 649. Aber der Vertrag bleibt bestehen. Der Dienstberechtigte kann bis zum Ablaufe der Zeit, für die das Dienstverhältniß eingegangen ist, oder bis zum Ablaufe der gesetzlichen oder vertragsmäßigen Kündigungsfrist jederzeit wieder die Leistung der versprochenen Dienste verlangen. Der Verpflichtete kann dann trotz der Kündigung in Verzug kommen oder nach § 325 schadensersatzpflichtig werden, der Berechtigte kann in Annahmeverzug gerathen (vgl. R. G. in Bl. f. R. 1902 Nr. 11 S. 109). Beim Werkvertrag ist dagegen der Vertrag mit der Kündigung aufgehoben. Von einem Verzug oder einer Schadensersatzpflicht nach den §§ 280, 325 auf Grund von Umständen, die nach der Kündigung eingetreten sind, kann keine Rede mehr sein.

[16]) Der Einfluß des Todes einer Partei auf den Werkvertrag ist oben § 176 unter 4 S. 662 ff. behandelt; siehe besonders S. 663 Anm. 13. Ueber den Einfluß des Konkurses vgl. KO. §§ 17, 26, 23, 27.

[1]) Ueber die Bezeichnung der Verträge des § 651 als „Werklieferungsverträge“ vgl. Riezler a. a. O. S. 61 ff., Dernburg II § 325, Oertmann Anm. 3 zu § 651, Kuhlenbeck und Fischer-Henle Ueberschriften des § 651. — Ueber den Werklieferungsvertrag vgl. insbesondere Emerich, Kauf und Werklieferungsvertrag nach dem BGB. (Jena, 1899).

Abs. 1 S. 2). § 651 bestimmt ferner, daß auf Werklieferungsverträge grundsätzlich die Vorschriften über den Kauf Anwendung finden (§ 651 Abs. 1 S. 2)[2]).

II. Die Voraussetzungen für die Anwendung des § 651 sind folgende:

1. Es muß ein Werkvertrag vorliegen, d. h. Gegenstand des Vertrags muß die Lieferung einer herzustellenden, nicht die Lieferung einer fertigen Sache sein[3]). Letzteren Falles liegt nicht ein Werklieferungsvertrag, sondern ein Kaufvertrag vor[4]).

2. Gegenstand des Werkvertrags muß die Herstellung einer Sache sein. Ist der Werkvertrag nur auf Veränderung einer Sache oder auf Herbeiführung eines anderen Erfolges gerichtet, so findet § 651 nicht Anwendung. Hier kommt eine Eigenthumsverschaffung nicht in Frage. Hat der Unternehmer irgend welche Sachen zu beschaffen, so ist es eine Frage des einzelnen Falles, welches Rechtsgeschäft bezüglich dieser Sachen vorliegt und ob der Unternehmer verpflichtet ist, dem Besteller das Eigenthum an den Sachen zu verschaffen[5]). Zu beachten ist, daß auch dann nicht die Herstellung einer Sache Gegenstand des Vertrags ist, wenn der Unternehmer zwar eine Sache herzustellen, aber mit der hergestellten Sache noch einen anderen Erfolg herbeizuführen hat. Ist die Herbeiführung dieses Erfolges der wesentliche Inhalt des Vertrags, so liegt kein Werklieferungsvertrag, sondern ein einfacher Werkvertrag vor[6]). Umgekehrt

---

[2]) E. I § 568 Abs. 1 enthielt nur die zweite Bestimmung, daß auf den Werklieferungsvertrag die Vorschriften über den Kaufvertrag Anwendung finden. Dies war korrekter. Die Vorschrift des § 651 Abs. 1 S. 1 trifft nicht immer zu. Es giebt Werkverträge, bei denen der Unternehmer zwar den Stoff zu beschaffen hat, aber nicht zur Uebergabe und Eigenthumsverschaffung verpflichtet ist (siehe oben § 172 Anm. 13 S. 635). § 651 Abs. 1 S. 1 enthält nur eine Auslegungsregel: Hat der Unternehmer den Stoff zu beschaffen, so ist er im Zweifel verpflichtet, die Sache zu übergeben und das Eigenthum an der Sache zu verschaffen. Ist er hierzu verpflichtet, so finden nach S. 2 des § 651 die Vorschriften über den Kauf Anwendung.

[3]) Siehe hierüber näheres oben § 172 unter I 1, S. 633.

[4]) Ueber die rechtlichen Folgen siehe unten unter III 1, S. 676.

[5]) Der Schneider A. soll den Ueberzieher des B. neu füttern; das Futter hat A. zu beschaffen. § 651 findet nicht Anwendung, weil es sich nicht um Herstellung, sondern nur um Aenderung einer Sache handelt. A. hat den geänderten Ueberzieher, der bereits Eigenthum des B. war, nur abzuliefern. Auch bezüglich des Futters ist eine Eigenthumsverschaffung nicht erforderlich, da B. schon durch das Einnähen Eigenthümer des Futters geworden ist (vgl. §§ 93, 947 Abs. 2). — C. läßt sich beim Barbier D. rasieren. Hier ist nicht die Herstellung einer Sache, sondern die Herbeiführung eines anderen Erfolges Gegenstand des Vertrags; § 651 kommt nicht in Frage. D. hat zwar alle für das Rasieren erforderlichen Sachen zu beschaffen, eine Verschaffung des Eigenthums für C. kommt nicht in Betracht. — E. verpflichtet sich, die Sachen des F. von X. nach Y. zu befördern und für die Verpackung der Sachen eine Kiste zu stellen. Gegenstand des Werkvertrags ist die Beförderung nach Y. Bezüglich der Kiste liegt ein besonderer Nebenvertrag vor, der Leihe, Miethe oder Kauf sein kann. Nur letzteren Falles würde E. verpflichtet sein, dem F. das Eigenthum an der Kiste zu verschaffen (§ 433).

[6]) 1. Hat ein Fabrikant von Parquetfußböden die für einen Neubau erforderlichen Fußböden zu liefern, die dann von einem Zimmermeister einzufügen sind, so liegt in Ansehung des Fabrikanten ein Werklieferungsvertrag, bezüglich des Zimmermeisters ein einfacher Werkvertrag vor. Letzteres ist auch der Fall, wenn der Zimmermeister das Material zu den Fußböden selbst herzustellen hat. Auch dann ist Gegenstand des Vertrags die Fertigstellung der Fußböden in dem Neubaue, nicht nur die Herstellung und Lieferung des Materials. Im ersteren Falle hat der Fabrikant die Verpflichtung zur Uebergabe und Eigenthumsverschaffung nach § 651. Im zweiten Falle wird das Material durch Verbindung mit dem Gebäude und dem Grundstück Eigenthum des Grundstückseigenthümers (siehe auch oben § 177 Anm. 14 S. 668). — 2. Wenn ein Kaufmann die Anbringung seiner Firma in Metallbuchstaben über dem Laden bei einem Fabrikanten von Metallbuchstaben bestellt, der die Buchstaben erst herstellen soll, so schließt er nicht einen Werklieferungsvertrag über die Buchstaben, sondern einen Werkvertrag, dessen Gegenstand die Anbringung

bleibt der Vertrag ein Werklieferungsvertrag, auch wenn der Unternehmer neben der Herstellung und Lieferung der Sache noch die Herbeiführung eines Erfolges übernommen hat, welcher sich nicht als der wesentliche Inhalt des ganzen einheitlichen Vertrags, sondern als ein Nebenvertrag neben dem selbständigen Werklieferungsvertrage darstellt [7] [8]).

3. Der Unternehmer muß verpflichtet sein, das Werk aus einem von ihm zu beschaffenden Stoffe herzustellen. Ob der Unternehmer die zur Herstellung des Werkes erforderlichen Stoffe zu beschaffen hat, ist in Ermangelung einer besonderen Abrede nach den Umständen des einzelnen Falles zu beurtheilen [9]). — Ist der Unternehmer nicht zur Beschaffung des Stoffes verpflichtet, stellt er aber das Werk, obwohl der Besteller den Stoff zu liefern hat, aus einem von ihm selbst beschafften Stoffe her, so findet der § 651 nicht Anwendung [10]). Liegt die Verpflichtung zur Beschaffung des Stoffes theils

---

der Firma ist. Auch bei diesem ist aber der Unternehmer nach dem Vertragsinhalte verpflichtet, dem Besteller das Eigenthum an den Buchstaben zu verschaffen. Insoweit hiernach der Werkvertrag auf eine Veräußerung gerichtet ist, finden die §§ 433—444, 459 ff. auf ihn entsprechende Anwendung (§§ 445, 493). — 3. Auch die Herstellung eines künstlichen Gliedes des menschlichen Körpers, z. B. eines Auges, eines Kiefers, eines Gebisses, stellt nicht einen Werklieferungsvertrag dar. Für die Eigenthumsverschaffung gilt hier das unter 2 Gesagte. Solche künstliche Gliedmaßen stehen übrigens, wie Dernburg (III § 1 unter 4) zutreffend ausführt, außer Verkehr.

[7]) Jemand bestellt bei einem Fabrikanten die Anfertigung einer Gaskrone. Der Fabrikant verpflichtet sich gleichzeitig, die Krone in der Wohnung des Bestellers anbringen zu lassen. Dann liegt nicht ein einheitlicher auf Anbringung der Krone gerichteter Werkvertrag, sondern ein Werklieferungsvertrag bezüglich der Gaskrone und ein gewöhnlicher Werkvertrag über die Anbringung vor.

[8]) Unklarheiten herrschen bezüglich des sogenannten Spezifikationskaufs, bei welchem dem Käufer die nähere Bestimmung über Form, Maß oder ähnliche Verhältnisse vorbehalten ist. Zutreffend erscheint es weder, derartige Lieferungsverträge mit Vorbehalt der Spezifikation allgemein als Werklieferungsverträge (so z. B. Kuhlenbeck Anm. 1 zu § 651, Planck Anm. 2, b zu § 651), noch, sie allgemein als Kaufverträge zu bezeichnen (z. B. Oertmann Anm. 3 zu § 651, Riezler a. a. O. S. 69). Es giebt sowohl Kauf- wie Werklieferungsverträge mit vorbehaltener Spezifikation. Welche von beiden Vertragsarten vorliegt, hängt davon ab, ob die Lieferung einer fertigen oder einer erst herzustellenden Sache bestellt ist. Ob der Lieferant thatsächlich die spezifizierten Formen und Maße erst herstellt, ist gleichgültig (siehe oben § 172 unter I 1 S. 633 und hier unter II 1, S. 673, vgl. auch Oertmann a. a. O.). Die hiernach zu bestimmende rechtliche Natur des Vertrags kann dadurch nicht geändert werden, daß die Lieferung eine Handlung des Bestellers, die Spezifikation, voraussetzt. Es handelt sich bei dieser an sich um eine Gläubiger-Handlung, einen Theil der Annahme (vgl. § 642), mit der die rechtliche Charakterisierung des Vertrags nichts zu thun hat. Aber auch wenn die Spezifikation eine Verpflichtung des Bestellers bildet, wie z. B. beim Handelskauf und beim Handels-Werklieferungsvertrage (HGB. § 375, BGB. § 651, HGB. § 381 Abs. 2), ist nicht ersichtlich, wie dadurch die Bestellung einer fertigen Waare ein Werklieferungsvertrag oder die Bestellung einer herzustellenden Waare ein Kaufvertrag werden sollte. Wenn A. im November bei dem Fabrikanten B. 1000 Dutzend Sommer-Handschuhe bestellt die während des Winters fertiggestellt und im April geliefert werden sollen, so liegt ein Werklieferungsvertrag vor, mag nun A. die anzufertigenden Größen gleich bei der Bestellung aufgeben oder sich die Aufgabe vorbehalten. Bestellt A. bei dem Grossisten B. 1000 Dutzend Handschuhe, lieferbar im April, so schließt er einen Kaufvertrag, gleichgültig, ob er sich die Spezifikation bezüglich der Größe vorbehält oder nicht und ob C. die Handschuhe in allen Größen auf Lager hat oder sie von einem anderen Händler bezieht oder sie erst anfertigen läßt. Bei der Bestellung bei einem Grossisten ist im Zweifel die Absicht der Parteien auf Lieferung der fertigen Waare, nicht auf Herstellung der Waare gerichtet. Dies allein ist entscheidend. — Vgl. über Spezifikationskauf Oertmann im Arch. f. civil. Praxis Bd. 85 S. 202 ff., ROHG. Bd. 14 S. 41, Bd. 16 S. 204, RG. Bd. 10 S. 95, Bd. 14 S. 243, Bd. 26 S. 213, Bd. 29 S. 17, Bd. 30 S. 97 ff., Bd. 35 S. 1 ff., Bd. 37 S. 24, Bd. 43 S. 101, Staub zu § 375 HGB.

[9]) Siehe oben § 173 Anm. 4 S. 638.

[10]) Siehe über diesen Fall oben § 175 unter II, 1 S. 659.

dem Unternehmer und theils dem Besteller ob, so liegt ein Werkvertrag, nicht ein Werklieferungsvertrag vor, da dieser die ausschließliche Verpflichtung des Unternehmers zur Beschaffung des Stoffes voraussetzt. Dabei handelt es sich aber nur um den Stoff, aus dem die Sache im wesentlichen hergestellt wird. Die Verpflichtung zur Beschaffung von Zuthaten oder sonstigen Nebensachen ist für die rechtliche Beurtheilung des Vertrags ohne Einfluß. Ist der Besteller zur Beschaffung des Stoffes verpflichtet, so finden ausschließlich die Vorschriften über den Werkvertrag Anwendung, auch wenn sich der Unternehmer zur Beschaffung von Zuthaten oder sonstigen Nebensachen verpflichtet hat (§ 651 Abs. 2)[11]. Umgekehrt bleibt der Vertrag ein Werklieferungsvertrag, wenn der Unternehmer den Stoff und der Besteller Zuthaten zu beschaffen hat[12]. — Ist der Besteller zur Lieferung des Stoffes verpflichtet, der Unternehmer aber berechtigt, den vom Besteller gelieferten Stoff durch einen anderen zu ersetzen, so liegt ein Werklieferungsvertrag vor, wenn nach der Absicht der Parteien der vom Besteller gelieferte Stoff sofort in das Eigenthum des Unternehmers übergehen soll[13]. Dann hat vom Empfange des Stoffes an nunmehr der Unternehmer den Stoff für die Herstellung des Werkes zu beschaffen, so daß § 651 Anwendung findet. Soll dagegen das Eigenthum an dem gelieferten Stoffe vorläufig dem Besteller verbleiben und erst dann auf den Unternehmer übergehen, wenn er über den Stoff anderweit verfügt, so ist zunächst ein Werkvertrag geschlossen, der sich erst vom Zeitpunkte der anderweiten Verfügung über den Stoff an in einen Werklieferungsvertag verwandelt. Welcher von beiden Fällen vorliegt, ist durch Auslegung des einzelnen Vertrags festzustellen[14].

4. Der Unternehmer muß verpflichtet sein, dem Besteller die hergestellte Sache zu übergeben und das Eigenthum an der Sache zu verschaffen[15]. Soll der Besteller nicht Eigenthümer der hergestellten Sache werden oder wird er es schon durch die Herstellung (vgl. §§ 946 ff.), so findet § 651 nicht Anwendung[16].

III. Auf den Werklieferungsvertrag, welcher den Voraussetzungen zu II entspricht, finden die Vorschriften über den Kauf Anwendung (§ 651 Abs. 1 S. 2), da bei diesen Verträgen der Gesichtspunkt des Arbeitsverhältnisses mehr

---

[11]) Z. B. der Besteller liefert den Stoff zum Anzuge, der Schneider das Futter, die Knöpfe u. s. w. — Bezüglich der Zuthaten und sonstigen Nebensachen kann der Unternehmer im einzelnen Falle zur Eigenthumsverschaffung verpflichtet sein. Vgl. hierzu auch die Anm. 5.

[12]) Der Schneider hat den Stoff zu liefern; der Besteller giebt ihm Futter und Knöpfe, die er verwenden soll. — Vgl. Planck Anm. 2, b zu § 651.

[13]) Daneben besteht ein Tauschvertrag, nach dem der Besteller das Eigenthum am Stoffe auf den Unternehmer überträgt gegen dessen Verpflichtung, zur Herstellung des Werkes einen anderen Stoff zu beschaffen.

[14]) Die Feststellung ist insbesondere von Wichtigkeit für die Frage, wer die Gefahr des Stoffes zu tragen hat, sowie im Konkurse des Unternehmers. Zulässig ist auch eine Vereinbarung, daß die Gefahr sofort, das Eigenthum aber erst mit der anderweiten Verfügung über den Stoff übergehen soll. Vgl. M. II S. 477, Planck Anm. 2, c zu § 651, Kuhlenbeck Anm. 3 zu § 651, Riezler a. a. O. S. 70 ff., Staub Anm. 4 zu § 381 HGB., Windscheid II § 401 Nr. 2, Dernburg Pand. II § 113 Anm. 8.

[15]) Zwar bestimmt § 651 diese Verpflichtung nicht als eine Voraussetzung seiner Anwendung, sondern als eine Folge der Voraussetzungen zu 1—3 des Textes. Das Wesentliche an der Vorschrift des § 651 ist jedoch, daß die Verpflichtung zur Uebergabe und Eigenthumsverschaffung eine Voraussetzung für die Anwendung des S. 2 Abs. 1 des § 651 bildet. Siehe oben Anm. 2 S. 673.

[16]) Vgl. M. II S. 476.

oder weniger zurücktritt[17]). Das Gesetz macht aber einen Unterschied, ob nach dem Werklieferungsvertrag eine vertretbare oder nicht vertretbare Sache herzustellen ist.

1. Das Gesetz bestimmt nicht, daß der den Voraussetzungen unter II entsprechende Vertrag ein Kaufvertrag ist, sondern nur, daß auf einen solchen vom Gesetze selbst als Werkvertrag charakterisierten Vertrag[18]) die Vorschriften über den Kauf Anwendung finden. Der Werklieferungsvertrag ist danach ein Werkvertrag, kein Kaufvertrag. Für die Frage, welche gesetzlichen Bestimmungen in Ermangelung von Vorschriften über den Kauf anzuwenden sind, ist deshalb der Umstand entscheidend, daß ein Werkvertrag, nicht ein Kaufvertrag vorliegt[19]).

2. Ist Gegenstand des Werklieferungsvertrags die Herstellung einer vertretbaren Sache[20]), so finden auf ihn sämmtliche Vorschriften über den Kauf Anwendung. Danach ist der Unternehmer verpflichtet, dem Besteller die hergestellte Sache zu übergeben und das Eigenthum an der Sache zu verschaffen (§§ 433 Abs. 1, 651 Abs. 1). Aus der Natur des Vertrags als eines Werkvertrags folgt aber, daß der Besteller auch gemäß § 631 einen selbständigen Anspruch auf Herstellung der Sache hat, den er im Wege der Klage geltend machen kann[21]). — Auf die Gewährleistung wegen Mängel im Rechte finden die Vorschriften der §§ 434 ff., wegen Mängel der Sache die §§ 459 ff., nicht die §§ 633 ff., Anwendung. Danach kann insbesondere beim Werklieferungsvertrage der Besteller nicht Beseitigung des Mangels (§ 633 Abs. 2 ff.) verlangen[22]). Bei einer unerheblichen Minderung des Werthes oder der Tauglichkeit der hergestellten Sache ist nicht nur die Wandelung (§ 634 Abs. 3), sondern jeder Gewährleistungsanspruch ausgeschlossen (§ 459 Abs. 1 S. 2), vorausgesetzt, daß es sich nicht um das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft handelt (§ 459 Abs. 2). Der Besteller kann statt der Wandelung oder Minderung auch Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen (§ 480 Abs. 1). Der Anspruch auf Schadensersatz steht dem Besteller nicht in allen Fällen zu, in denen der Mangel der hergestellten Sache auf einem Umstande beruht, den der Unternehmer zu vertreten hat (§ 635), sondern nur dann, wenn der Sache zu der Zeit, zu welcher die Gefahr

---

[17]) Prot. II S. 339. — Ueber das frühere Recht vgl. M. II S. 474, Oertmann Anm. 1 zu § 651, ALR. §§ 956 ff., 981 ff., HGB. Art. 338.

[18]) § 651 spricht ausdrücklich von „Unternehmer“ und „Besteller“ (§ 631).

[19]) Ueber die praktischen Folgen siehe z. B. unten die Anm. 21, 24, 25, 29. — Das Gesetz kann wohl auf einen Werkvertrag die Vorschriften über den Kauf für anwendbar erklären, aber es kann nicht aus einem Werkvertrag einen Kaufvertrag machen (vgl. oben § 22 Anm. 4 S. 96). Auf einem anderen Standpunkte stehen die Prot. II S. 340, Riezler a. a. O. S. 65 und für das Handelsrecht auch Staub Exkurs vor § 373 Anm. 6 und Anm. 2 zu § 381 HGB. Aber gerade das HGB. sieht jedenfalls den Werklieferungsvertrag über eine nicht vertretbare Sache nicht als Kauf an, wie sich aus der Vorschrift des § 406 Abs. 2 ergiebt (vgl. Staub Anm. 3 zu § 406 HGB.). Emerich a. a. O. S. 9, 12, 24 ff. behandelt den Werklieferungsvertrag als einen Vertrag eigener Art, der sich nicht nur dem Werkvertrage, sondern auch dem Kaufe gegenüberstellen läßt (S. 28).

[20]) Siehe oben § 27 S. 121.

[21]) A. M. Planck Anm. 3, Neumann Anm. 3a zu § 651, Dernburg II § 325 unter II, 1, nach denen der Besteller nur auf Lieferung klagen kann. Aber wenn der Unternehmer, wie Planck zugiebt, „materiell“ zur Herstellung verpflichtet ist, so steht auch dem Besteller ein Anspruch auf die Herstellung zu. Und § 651 betrifft ja gerade den Fall, in dem der Unternehmer sich verpflichtet, das Werk aus einem von ihm zu beschaffenden Stoffe herzustellen. Beim Werklieferungsvertrage tritt die Pflicht zur Uebergabe und Eigenthumsverschaffung zu der Herstellungspflicht (§ 631) hinzu, sie tritt nicht an deren Stelle. — Die Frage, ob der Unternehmer die Herstellung selbst bewirken muß oder ob er eine von einem Anderen hergestellte Sache liefern kann, ist hier nicht anders zu beurtheilen als bei anderen Werkverträgen (siehe oben § 173 unter I, 1 S. 637).

[22]) Siehe oben § 174 S. 645.

auf den Besteller übergeht, eine zugesicherte Eigenschaft fehlt oder wenn der Unternehmer einen Fehler arglistig verschwiegen hat (§ 480 Abs. 2). Die Gefahr geht nicht mit der Abnahme (§ 644), sondern mit der Uebergabe auf den Besteller über (§ 446). Ein Pfandrecht des Unternehmers an den hergestellten Sachen (§ 647) kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil sie ihm selbst gehören[23]).

Kommt der Unternehmer mit der Uebergabe der hergestellten Sache oder mit der Eigenthumsverschaffung in Verzug, so kommen die allgemeinen Vorschriften über den Verzug zur Anwendung. Dagegen gilt für die nicht rechtzeitige Herstellung der Sache, da die Vorschriften über den Kauf hier versagen, der § 636[24]). Aus demselben Grunde finden, wenn eine Handlung des Bestellers bei der Herstellung der Sache erforderlich ist, die §§ 642, 643 und, wenn die Sache vor der Uebergabe in Folge einer von dem Besteller ertheilten Anweisung untergegangen oder verschlechtert oder wenn ihre Herstellung in Folge einer solchen Anweisung unausführbar geworden ist, der § 645 Anwendung. Auch das Kündigungsrecht der §§ 649, 650 steht dem Besteller zu[25]).

3. Ist Gegenstand des Werklieferungsvertrags die Herstellung einer nicht vertretbaren Sache, so tritt die Arbeitspflicht des Unternehmers wieder mehr in den Vordergrund[26]). Deshalb bestimmt das Gesetz, daß zwar im allgemeinen auch auf einen solchen Vertrag die Vorschriften über den Kauf Anwendung finden, daß aber in wesentlichen Beziehungen an Stelle der Vorschriften über den Kauf wieder die über den Werkvertrag treten sollen (§ 651 Abs. 1 S. 2). Danach ist die Rechtslage die folgende:

Auf die Herstellungspflicht des Unternehmers findet § 631 Abs. 1)[27]), auf die Verpflichtung zur Uebergabe und Eigenthumsverschaffung § 651 Abs. 1 S. 1, auf die Vergütung und die Abnahme finden die §§ 632, 640, 441 Anwendung. Die Gewährleistung wegen Mängel im Rechte bestimmt sich nach den Vorschriften über den Kauf (§§ 434 ff.) Dagegen finden auf die Gewährleistung wegen Mängel der Sache im Wesentlichen die Vorschriften über den Werkvertrag Anwendung (§§ 633 ff.). Danach hat insbesondere der Besteller einen Anspruch auf Beseitigung des Mangels (§ 633 Abs. 2), der Unternehmer kann den Anspruch auf Wandelung, Minderung und Schadensersatz wegen Nichterfüllung durch Beseitigung des Mangels abwenden (§ 634 Abs. 1). Die §§ 465—467, 469—475 gelten für den Werkvertrag ebenso wie beim Kaufe (§ 634 Abs. 4). Für die Vereinbarung über den Erlaß oder die Beschränkung der Gewährleistungspflicht gilt der dem § 637 entsprechende § 476. Die Verjährung der Gewährleistungsansprüche bestimmt sich nach den §§ 638, 639, der Uebergang der Gefahr auf den Besteller nach

---

[23]) Siehe oben § 177 Anm. 7 S. 667.

[24]) Siehe oben Anm. 21; vgl. auch Anm. 29 und Emerich a. a. O. S. 52 ff. Wird die Herstellungspflicht verneint (siehe Anm. 21), so kommt § 636 nicht in Frage.

[25]) In Ansehung der §§ 642, 643, 645 ebenso Planck Anm. 3b zu § 651, Oertmann Anm. 3 zu § 651, Dernburg II § 325 unter II, 1.

[26]) Vgl. Prot. II S. 340. — Bestellt Jemand in einem Herren-Konfektionsgeschäft einen Anzug nach Maaß, so liegt ein Werklieferungsvertrag über eine nicht vertretbare Sache, entnimmt er einen fertigen Anzug, ein Kauf vor. Bestellt ein Händler bei einem Fabrikanten drei Dutzend Herrenanzüge verschiedener Größe, so schließt er einen Werklieferungsvertrag über eine vertretbare Sache.

[27]) Obwohl § 651 Abs. 1 S. 2 ausdrücklich vorschreibt, daß an Stelle des § 433 der § 631 treten soll, leugnet Planck (Anm. 4 zu § 651) auch hier, daß ein klagbarer Anspruch auf Herstellung besteht (vgl. auch Prot. II S. 340). Dagegen Dernburg II § 325 Anm. 5.

den §§ 644, 645, nicht nach den §§ 446 Abs. 1 S. 1, 447[28]). Die §§ 448 ff. gelten auch für den Werklieferungsvertrag über eine nicht vertretbare Sache. Andererseits finden auch auf diesen die Vorschriften der §§ 636, 642, 643, 649 und 650 Anwendung[29])[30]).

4. Die Vorschriften des § 651 sind dispositiver Natur. Die Parteien können vereinbaren, daß auf einen Werklieferungsvertrag die Vorschriften über den Werkvertrag ausschließlich oder mehr oder weniger, als es nach dem Gesetze der Fall ist, Anwendung finden sollen oder daß die Anwendung aller Vorschriften über den Werkvertrag ausgeschlossen sein soll. Sie können auch eine Aenderung der gesetzlichen Regel dadurch erzielen, daß sie für den Werklieferungsvertrag eine an sich vertretbare Sache als nicht vertretbar oder umgekehrt eine an sich nicht vertretbare Sache als eine vertretbare behandeln[31]).

5. Wenn der Unternehmer sich verpflichtet, mit den ausschließlich von ihm zu beschaffenden Materialien ein Bauwerk zu errichten, so finden doch in der Regel die Vorschriften des § 651 nicht Anwendung. Meist fehlt hierfür die Voraussetzung, daß der Unternehmer zur Verschaffung des Eigenthums an dem errichteten Bauwerke verpflichtet ist[32]). Ist der Besteller Eigenthümer des Grund und Bodens, so wird das Bauwerk bereits mit der Errichtung Eigenthum des Bestellers (§§ 94, 93, 946). Auch wenn das Grundstück einem Dritten gehört und das Bauwerk mit der Errichtung dessen Eigenthum wird, hat regelmäßig der Unternehmer nur die Verpflichtung, das Bauwerk zu errichten, nicht aber dem Besteller das Eigenthum zu verschaffen. Nur wenn der Unternehmer sich verpflichtet, außer den Materialien auch den

---

[28]) Die Fassung des zweiten Halbsatzes des S. 2 Abs. 1 § 651 ist eine eigenthümliche. Er bestimmt, daß statt des § 447 der § 644 Anwendung finden soll, der seinerseits wieder die Anwendung des § 447 bestimmt (§ 644 Abs. 2). Aehnlich verhält es sich mit den Vorschriften über die Verjährung. Während nach § 651 die §§ 477—479 für den Werklieferungsvertrag über eine nicht vertretbare Sache außer Kraft treten sollen, gelten diese Bestimmungen im Wesentlichen (§§ 477 Abs. 2—479) nach § 639 Abs. 1. Ferner bestimmt der fragliche Halbsatz, daß an die Stelle der aufgeführten Vorschriften über den Kauf die über den Werkvertrag treten sollen „mit Ausnahme der §§ 647, 648“. Es ist nicht ersichtlich, an Stelle welcher Vorschriften über den Kauf die §§ 647, 648 hätten treten sollen, wenn ihre Anwendung nicht ausgeschlossen worden wäre. Ein gesetzliches Pfandrecht und eine Sicherungshypothek kommen überdies bei dem Werklieferungsvertrage garnicht in Frage (siehe Anm. 23).

[29]) Die Anwendung der §§ 636, 642, 643, 649, 650 wird für den Werklieferungsvertrag über eine nicht vertretbare Sache fast allgemein bejaht (vgl. Planck Anm. 4, Neumann Anm. 4, Kuhlenbeck Anm. 2 zu § 651, Cosack I § 147 unter I, 3b). § 651 schreibt aber diese Anwendung hier ebensowenig vor wie für den Werklieferungsvertrag über eine vertretbare Sache. Sie kann in beiden Fällen nur daraus gefolgert werden, daß die Verträge trotz der Anwendung der Vorschriften über den Kauf Werkverträge bleiben.

[30]) Nach § 381 Abs. 2 HGB. finden die Vorschriften des HGB. über den Handelskauf (§§ 373 ff.) auch Anwendung, wenn aus einem von dem Unternehmer zu beschaffenden Stoffe eine nicht vertretbare bewegliche Sache herzustellen ist (vgl. auch HGB. § 406 Abs. 2 und oben Anm. 19 S. 676). Für einen solchen Werklieferungsvertrag gelten also, wenn er ein Handelsgeschäft ist, die im Texte unter 3 angeführten Vorschriften mit den Aenderungen, die sich aus den §§ 373 ff. HGB. ergeben. Liegt ein beiderseitiges Handelsgeschäft vor, so findet § 377 Anwendung. Dagegen beginnt die Verjährung der Gewährleistungsansprüche erst mit der Abnahme (§ 638), nicht mit der Ablieferung (§ 477). Vgl. Denkschrift zum E. eines HGB. (Carl Heymann Verlag) S. 474.

[31]) Siehe oben § 27 unter 1 S. 121. E I § 568 Abs. 1 bestimmte ausdrücklich, daß die Vorschriften über den Kauf auf den Werklieferungsvertrag Anwendung finden, „sofern nicht ein Anderes vereinbart ist“ (M. II S. 475—476). Vgl. Planck Anm. 1 zu § 651 a. E., Oertmann Anm. 4 zu § 651.

[32]) Siehe oben unter II, 4 S. 675.

Grund und Boden zu beschaffen und nach der Errichtung des Bauwerkes dies dem Besteller zu übergeben und ihm das Eigenthum an dem Bauwerke zu verschaffen, findet § 651 Anwendung.[33]) Auch in den Fällen, in denen das Bauwerk nicht Bestandtheil des Grundstücks wird (vgl. § 95), kommt es darauf an, ob der Unternehmer dem Besteller das Eigenthum verschaffen soll oder nicht. Nur ersteren Falles liegt ein Werklieferungsvertrag im Sinne des § 651 vor.[34])

Zwanzigster Titel.

§ 180. Mäklervertrag[1]).

§ 652.

I. Der Mäklervertrag ist der Vertrag, durch den der eine Theil, der Auftraggeber[2]), dem anderen, dem Mäkler, für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrags oder für die Vermittelung eines Vertrags einen Mäklerlohn verspricht (§ 652 Abs. 1 S. 1).

1. Der Mäklervertrag ist ein Vertrag, kein einseitiges Rechtsgeschäft, das, ähnlich wie die Auslobung, ohne Annahme seitens des anderen Theiles eine Verbindlichkeit erzeugt[3]). Wenn der Mäkler das Versprechen des Auftraggebers nicht ausdrücklich oder stillschweigend annimmt, so ist der Auftraggeber zur Entrichtung des Lohnes nicht verpflichtet, auch wenn der Mäkler die Gelegenheit zum Abschlusse des Vertrags nachgewiesen oder den Vertrag vermittelt hat[4]).

2. Der Mäklervertrag ist ein zweiseitiger Vertrag eigener Art, aber kein gegenseitiger Vertrag im Sinne der §§ 320 ff.[5]).

a) Er begründet zunächst nur für den Auftraggeber die Verpflichtung zur Entrichtung des Mäklerlohns für den Nachweis oder die Vermittelung. Der Mäkler ist grundsätzlich zu einer Leistung nicht verpflichtet; es hängt von seinem

---

[33]) 1. Der Grundstückseigenthümer A. schließt mit dem Unternehmer B. einen Vertrag über den Bau eines Hauses auf seinem, des A., Grundstücke. B. hat sämmtliche Materialien zu liefern. — 2. B. überträgt den gesammten Bau einschließlich der Lieferung der Materialien dem Maurermeister C. — D. verpflichtet sich dem E. gegenüber, eine Baustelle zu beschaffen, auf dieser für E. eine Villa zu bauen und demnächst das Grundstück an E. zu übergeben und aufzulassen. In den Fällen 1 und 2 liegen gewöhnliche Werkverträge vor, dagegen findet im Falle 3 § 651 Anwendung. Den Anspruch auf eine Sicherungshypothek (§ 648) hat nur B. im Falle 1 (siehe oben § 177 unter II, 3 S. 668).

[34]) 1. Der Zimmermeister A. errichtet für den Unternehmer B. auf einem öffentlichen Platze eine Tribüne für eine Denkmalsenthüllung. Hier liegt ein reiner Werkvertrag vor verbunden mit einem Miethvertrage. — 2. Der Pächter eines Gutes läßt sich auf diesem einen Stall bauen. Der Unternehmer hat die Materialien zu beschaffen. Hier ist der Unternehmer verpflichtet, den Stall dem Besteller zu übergeben und ihm das Eigenthum zu verschaffen. § 651 findet Anwendung. — Vgl. zu der Frage der Anwendung des § 651 auf Verträge über Errichtung von Bauwerken E I § 568 Abs. 2 S. 2, M. II S. 476, Prot. II S. 342, Planck Anm. 2, d zu § 651.

[1]) Ueber die Entwickelung des Mäklerwesens vgl. Riesenfeld, der Civilmäkler, in Gruchot Bd. 36 S. 790 ff.

[2]) Es ist allgemein üblich, den, welcher den Lohn verspricht, als „Auftraggeber" zu bezeichnen, obwohl es zu Mißverständnissen Veranlassung geben könnte (vgl. § 662).

[3]) Vgl. die Ueberschrift des achten Titels („Mäklervertrag"), § 653 Abs. 1 („ein Mäklerlohn gilt als stillschweigend vereinbart"), § 654 („wenn der Mäkler dem Inhalte des Vertrags zuwider . . ."), § 655 („Ist . . . ein . . . Mäklerlohn vereinbart").

[4]) Siehe unten unter III, 2 S. 683.

[5]) Ueber den Unterschied siehe oben § 96 Anm. 1 S. 371. Ueber die verschiedenen Konstruktionen des Mäklervertrags vgl. Riesenfeld in Gruchot Bd. 37 S. 30 ff., Planck Vorbem. III vor § 652, Oertmann Vorbem. 3 vor § 652.

Willen ab, ob er eine Thätigkeit entfalten und den Mäklerlohn verdienen will. Tritt er aber in Thätigkeit, so ist er zur Verschwiegenheit, zur Treue (§ 654) und zur Sorgfalt verpflichtet[6]). Der Mäklervertrag ist danach ein zweiseitiger Vertrag, da er sowohl für den Auftraggeber wie nebenher auch für den Mäkler Verpflichtungen begründet.

b) Der Auftraggeber will den Mäklerlohn nur als Entgelt für den Nachweis oder die Vermittelung der im § 652 bezeichneten Art entrichten, wenn auch der Mäkler zu dem Nachweis oder der Vermittelung nicht verpflichtet ist. Der Mäklervertrag enthält ein Element des gegenseitigen Vertrags, indem er auf den Austausch zweier Leistungen, des Mäklerlohns gegen die Mäklerthätigkeit[7]), gerichtet ist. Er ist aber kein gegenseitiger Vertrag im Sinne der §§ 320 ff., weil ihm das zweite Element eines solchen fehlt: er ist nicht darauf gerichtet, in Ansehung der Leistung des Mäklers, von der die Leistung des Auftraggebers abhängig ist, eine Verpflichtung des Mäklers zu begründen[8]). Die §§ 320 ff. finden daher auf den Mäklervertrag nicht Anwendung.

c) Der Mäklervertrag ist ein zweiseitiger Vertrag eigener Art. Die Verpflichtungen beider Theile hängen, auch wenn der Vertrag wirksam geschlossen ist, bis zu einem gewissen Grade von ihrem freien Belieben ab. Bis zum Zustandekommen des von ihm gewünschten Vertrags (§ 652 Abs. 1 S. 1) ist der Auftraggeber an sein Versprechen nicht gebunden, er kann es jederzeit widerrufen[9]) und dadurch seine Verpflichtung zur Entrichtung des Mäklerlohns beseitigen[10]), auch wenn der Mäkler bereits eine Thätigkeit mit oder ohne Erfolg entfaltet hat. Er kann, auch ohne das ganze Geschäft zu widerrufen, im einzelnen Falle den Abschluß des durch die Thätigkeit des Mäklers ermöglichten Vertrags nach freiem Belieben ablehnen und auf diese Weise den Anspruch des Mäklers vereiteln[11]). — Auch die sekundären Verpflichtungen des Mäklers sind von dessen Willen abhängig, wie bereits unter a dargethan ist. Wenn der Mäkler nicht will, braucht er nicht in Thätigkeit zu treten. In diesem Falle liegen ihm irgend welche Verpflichtungen nicht ob.

d) In dem Mangel der Gebundenheit beider Parteien liegt das Charakteristische des Mäklervertrags[12]). Er unterscheidet sich vom Dienstvertrage, vom Werkvertrag und vom Auftrag unter Anderem dadurch, daß der Dienstverpflichtete, der Unternehmer und der Beauftragte, anders als der Mäkler, zu einer Thätigkeit

---

[6]) Riesenfeld in Gruchot Bd. 37 S. 277.

[7]) Die Mäklerthätigkeit ist nicht eine Bedingung im eigentlichen Sinne, von der die Wirkung des Versprechens des Auftraggebers abhängig gemacht ist (§ 158), sondern die Gegenleistung, für welche der Mäklerlohn das Entgelt bildet.

[8]) Siehe oben § 96 unter 1 S. 371. — Als einen gegenseitigen Vertrag bezeichnet den Mäklervertrag Cosack I § 152 unter V, 1.

[9]) Siehe über die wirksamen, aber nicht bindenden Rechtsgeschäfte oben § 23 Anm. 14 S. 107 und § 46 Anm. 16 S. 185.

[10]) Siehe aber unten Anm. 34 S. 684.

[11]) A. beauftragt den Hypothekenmäkler B., ihm ein hypothekarisches Darlehen von 20000 M. zu verschaffen. Als B. ihm einen Geldgeber bringt, der das Darlehen zu passenden Bedingungen gewähren will, erklärt A., er brauche das Geld nicht mehr und nehme seinen Auftrag zurück. Oder er erklärt, er wolle das vorgeschlagene Geschäft nicht machen, B. möge ihm ein anderes nachweisen. In beiden Fällen kann B. den Mäklerlohn nicht fordern. Im ersten Falle ist der Vertrag aufgehoben, im zweiten bleibt er bestehen. Kommt noch ein Darlehensgeschäft durch die Thätigkeit des B. zu Stande, so steht ihm der Anspruch auf den Mäklerlohn zu.

[12]) So zutreffend Riesenfeld in Gruchot Bd. 37 S. 847.

verpflichtet sind[13]). Uebernimmt der Mäkler die Verpflichtung, eine Thätigkeit für den Auftraggeber zu entfalten, oder verpflichtet er sich noch weiter, eine Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrags nachzuweisen oder einen Vertrag zu vermitteln, d. h. also einen Erfolg herbeizuführen, so liegt nicht mehr ein Mäklervertrag im eigentlichen Sinne, sondern ein Dienstvertrag beziehungsweise ein Werkvertrag vor[14]). Ob dann im einzelnen Falle der Auftraggeber unter allen Umständen zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet ist, ob er neben dem Lohne noch Aufwendungen zu ersetzen hat und ob er zur Zurückweisung der nachgewiesenen Gelegenheit zum Abschluß oder des angebotenen Geschäfts berechtigt ist, ist nach den Umständen des einzelnen Falles zu beurtheilen[15]). Die Vorschriften der §§ 655, 656 finden auf jeden Vertrag Anwendung, der den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Dienstvertrags oder zur Eingehung einer Ehe oder die Vermittelung eines Dienstvertrags oder des Zustandekommens einer Ehe zum Gegenstande hat, mag er sich rechtlich als Mäklervertrag, Dienst- oder Werkvertrag darstellen[16]).

II. Gegenstand des Mäklervertrags kann der Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrags oder die Vermittelung eines Vertrags sein (§ 652 Abs. 1 S. 1).

1. Auf jeden Vertrag, der einen solchen Nachweis oder eine solche Vermittelung zum Gegenstande hat, finden die Vorschriften der §§ 652 ff. Anwendung.[17]) Es ist nicht erforderlich, daß der Mäkler den Nachweis oder die Vermittelung gewerbsmäßig betreibt.[18])

---

[13]) Außerdem ist der Mäkler nicht, wie der Unternehmer, zur Herbeiführung eines Erfolges verpflichtet. Der Auftrag ist im Gegensatze zum Mäklervertrage grundsätzlich unentgeltlich (§ 662).

[14]) Nach Staub (Exkurs zu § 92 HGB. Anm. 2) ist Mäklervertrag ein allgemeiner Begriff, der auch das rechtliche Gewand eines Dienstvertrags oder Werkvertrags annehmen kann, ohne dadurch aufzuhören, der allgemeinen Kategorie des Mäklervertrags anzugehören. Diese Ansicht hat etwas Bestechendes: sie ermöglicht zwanglos die Anwendung der §§ 655, 656 auf Dienst- und Werkverträge, deren Gegenstand eine Vermittlerthätigkeit der im § 652 gedachten Art ist (siehe Anm. 16), und sie findet eine gewisse Stütze im E. I, der im siebenten Titel des zweiten Buches unter „Dienstvertrag und Werkvertrag" auch den Mäklervertrag behandelte (E. I § 580). Trotzdem erscheint die Ansicht nicht zutreffend. Das BGB. hat schon durch die äußere Anordnung gezeigt, daß es den Mäklervertrag als eine besondere Kategorie im Gegensatze zum Dienst- und Werkvertrag aufgefaßt wissen will. Die Ansicht wird auch dem Wesen des Mäklervertrags, wie er sich historisch entwickelt hat (vgl. insbesondere Riesenfeld a. a. O.), nicht gerecht. Die Frage hat übrigens eine geringe praktische Bedeutung, da auch Staub den Mäklervertrag im eigentlichen Sinne als den Normalfall des Mäklervertrags betrachtet und über die Anwendung der §§ 655, 656 auch in dem Falle, wenn sich der Mäkler zur Thätigkeit verpflichtet hat, kaum ein Zweifel bestehen wird (siehe auch Anm. 15).

[15]) Auch wenn der Mäkler sich zur Dienstleistung verpflichtet, wird regelmäßig die Absicht der Parteien dahin gehen, daß der Lohn nur beim Zustandekommen des Vertrags verdient (§ 652 Abs. 1) und der Auftraggeber zur Ablehnung des Vertragschlusses berechtigt sein soll (vgl. S. Goldmann I S. 438 unter b). Eine dem § 653 entsprechende Vorschrift gilt auch beim Dienst- und Werkvertrage (§§ 612, 632). § 654 enthält nur eine Anwendung der allgemeinen Grundsätze über Nichterfüllung der Verbindlichkeit (vgl. M. II S. 515, Prot. II S. 344, KB. zu § 643a E. IV). Sein Inhalt gilt auch beim Dienst- und Werkvertrage.

[16]) Die Anwendung der von der Reichstagskommission herrührenden §§ 655, 656 ist, obwohl sie in dem Titel über den Mäklervertrag stehen, weder ihrem Wortlaute noch der ratio legis nach auf Mäklerverträge im eigentlichen Sinne beschränkt.

[17]) Für Gesinde- und Versicherungsmäkler gelten die Vorbehalte der Artt. 95, 75 EG., für die Kursmakler die §§ 30—40 des Börsengesetzes vom 22. 6. 1896. Vgl. auch das Gesetz vom 2. 6. 1902 betreffend die Stellenvermittelung für Schiffsleute.

[18]) Der gewerbsmäßige Betrieb von Mäklergeschäften unterliegt in bestimmten Fällen der Anzeigepflicht. In denselben Fällen kann er untersagt werden, wenn Thatsachen vorliegen,

2. Diejenigen Mäkler, welche gewerbsmäßig die Vermittelung von Verträgen über Anschaffung oder Veräußerung von Waaren oder Werthpapieren, über Versicherungen, Güterbeförderungen, Bodmerei, Schiffsmiethe oder sonstige Gegenstände des Handelsverkehrs übernehmen, sind Handelsmäkler. (HGB. § 93 Abs. 1.) Auf sie finden in erster Reihe die Vorschriften der §§ 94 ff. HGB. Anwendung; doch gelten auch für die Handelsmäkler die §§ 652 ff. BGB., soweit die Bestimmungen des HGB. nicht entgegenstehen (EG. zum HGB. Art. 2).[19])

3. Die Thätigkeit des Mäklers kann in den einzelnen Fällen eine sehr verschiedene sein. Handelt es sich nur um den Nachweis der Gelegenheit zum Abschlusse, so beschränkt sie sich darauf, dem Auftraggeber eine Person oder einen Gegenstand nachzuweisen, mit der oder bezüglich dessen der Vertrag geschlossen werden kann.[20]) Soll der Mäkler das Geschäft vermitteln, so kann hierzu unter Umständen gleichfalls die Zuführung einer Person genügen,[21]) doch wird der Mäkler hier regelmäßig eine größere Thätigkeit zu entfalten haben, z. B. die Aufsuchung der günstigsten Gelegenheit zum Vertragschlusse, die Verhandlung zwischen den beiden Parteien, die Herbeiführung der günstigsten Bedingungen für den Auftraggeber, den Austausch der Vertragsurkunden u. s. w.[22]) Der Mäkler ist, sobald er in Thätigkeit tritt, dem Auftraggeber gegenüber zur Sorgfalt und, nach Lage des einzelnen Falles, zur Verschwiegenheit und zur

---

welche die Unzuverlässigkeit des Mäklers in Bezug auf den Gewerbebetrieb darthun (Gew. O. § 35 Abs. 6, 3, 1).

[19]) Nach § 1 Abs. 2 No. 7 HGB. gilt der Geschäftsbetrieb der Handelsmäkler als Handelsgewerbe. — Unzutreffend ist die bei den meisten Schriftstellern wiederkehrende Bemerkung, die Mäkler hätten ihre hauptsächliche Bedeutung im Handelsverkehre. Vielleicht mochte dies für eine frühere Zeit zutreffen, im modernen Verkehre spielt die Hauptrolle der Civilmäkler, nicht der Handelsmäkler. (Vgl. auch Staub Exkurs zu § 92 Anm. 1. Die Bezeichnung „Civilmäkler" rührt von Riesenfeld a. a. O. her.) Von den Handelsmäklern dürften im Wesentlichen nur die Börsen- und die Schiffsmäkler in Betracht kommen. Welche Bedeutung im Verkehre den Civilmäklern zukommt, wird ohne Weiteres einleuchten, wenn man beispielsweise die Häuser- und Gütermäkler, die Hypothekenmäkler, die Gesindevermiether, Theateragenten, Stellenvermittler, Wohnungsnachweis-Bureaus, Ehevermittler nennt. Im Handelsverkehre hat sich neuerdings mehr das Agenturwesen ausgebildet. Die im § 93 Abs. 1 HGB. aufgeführten Vermittelungen werden meist nicht von Mäklern, sondern von Agenten betrieben, d. h. von Personen, welche ständig damit betraut sind, für einen Anderen Geschäfte zu vermitteln oder auch abzuschließen (vgl. HGB. §§ 84 Abs. 1, 93 Abs. 1). Dies gilt insbesondere von der Anschaffung und Veräußerung von Waaren und von Versicherungen. — Das BGB. erwähnt in den §§ 385, 1221, das HGB. in den §§ 373 Abs. 2, 376 Abs. 3 die zu Käufen oder Verkäufen öffentlich ermächtigten Handelsmäkler. Nach § 34 des Börsengesetzes sind solche öffentlich ermächtigte Handelsmäkler die Kursmakler. (Das BGB. und das HGB. sprechen von „Mäklern", das Börsengesetz von „Maklern"). Vgl. auch Preuß. AG. z. BGB. Art. 13.

[20]) Dies ist z. B. regelmäßig bei den Gesinde-Vermiethern und beim Wohnungsnachweise der Fall. Die Gesinde-Vermiethungs-Bureaus weisen den Interessenten Personen nach, mit denen sie den Vertrag schließen können; die Vermittelung des Vertrags ist nicht ihre Aufgabe. — Wenn ein Miethlustiger ein Bureau ersucht, ihm zu einer Wohnung zu verhelfen, so ist der Mäklerlohn verdient, wenn das Bureau eine Wohnung nachgewiesen hat, die der Auftraggeber ohne weitere Vermittelung des Mäklers gemiethet hat.

[21]) RG. Bd. 6 S. 187.

[22]) Vgl. Planck Vorbem. III vor § 652. — Die Hypothekenmäkler suchen regelmäßig nach geeigneten Geldgebern, verhandeln mit diesen über die Bedingungen, tauschen die Schlußscheine aus und sorgen auch häufig noch für die formgerechte Abgabe der für die Eintragung erforderlichen Erklärungen. — Die Theateragenten, die trotz ihrer Bezeichnung als Agenten regelmäßig Mäkler sind, vermitteln die Verträge zwischen Direktoren und Schauspielern, sowie zwischen Ersteren und den Autoren. — Der Vertragsabschluß selbst gehört nicht zu den Aufgaben des Mäklers. Wenn er mit dem Vertragschlusse beauftragt ist, so handelt er doch dabei nicht als Mäkler.

Treue (§ 654) verpflichtet.[23]) Ob er sich eines Gehülfen, z. B. eines Zwischenmäklers, bedienen darf, hängt gleichfalls von den Umständen des einzelnen Falles ab.[24]) Verletzt er die ihm nach dem Inhalte des Vertrags bei seiner Thätigkeit obliegenden Verpflichtungen, so haftet er nach den Vorschriften der §§ 276, 278, 280.[25])

III. Der Auftraggeber ist zur Entrichtung des versprochenen Mäklerlohns verpflichtet.

1. Verpflichtet zur Entrichtung des Mäklerlohns ist derjenige, welcher dem Mäkler den Nachweis oder die Vermittelung überträgt. Es genügt nicht, um die Verpflichtung zu begründen, daß sich Jemand mit dem Mäkler aus Anlaß des von ihm beabsichtigten Vertragschlusses in Verbindung setzt. Vielmehr muß dies unter Umständen geschehen, aus denen der Wille hervorgeht, den Mäkler mit einer Thätigkeit zu beauftragen und nicht sich nur als Gegenkontrahenten für den Auftraggeber des Mäklers anzubieten.[26]) Zu dem Gegenkontrahenten tritt der Mäkler regelmäßig in kein Rechtsverhältniß. Er ist ihm gegenüber weder zu irgend etwas verpflichtet[27]) noch steht ihm in der Regel ein Anspruch auf Mäklerlohn gegen ihn zu. Dies ist ausnahmsweise nur dann der Fall, wenn der Mäkler auch mit dem anderen Theile einen Mäklervertrag geschlossen, dieser ihm also gleichfalls einen Mäklerlohn versprochen hat,[28]) wenn es sich um Geschäfte der Handelsmäkler handelt, welche in Ermangelung eines abweichenden Ortsgebrauchs von jeder Partei den Mäklerlohn zur Hälfte zu fordern haben (HGB. § 99), und wenn nach der Verkehrssitte von beiden Theilen Mäklerlohn zu entrichten ist.[29])

2. Hiernach ist regelmäßig Voraussetzung für die Verpflichtung zur Entrichtung eines Lohnes der Abschluß eines Mäklervertrags. Hat Jemand eine Mäklerthätigkeit entfaltet, ohne daß er einen solchen Vertrag geschlossen hat, d. h. ohne daß ihm der Nachweis oder die Vermittelung von dem anderen Theile übertragen ist, so steht ihm ein Anspruch für den Nachweis oder die Vermittelung gegen den anderen Theil nicht zu.[30]) Ist dagegen ein Mäklervertrag **§ 653 Abs. 1.**

---

[23]) Siehe oben Anm. 6 S. 680 und über § 654 unten unter III, 4 S. 685.

[24]) Der Zwischenmäkler steht regelmäßig nicht in einem unmittelbaren Verhältnisse zu dem Auftraggeber. Ein Anspruch steht ihm nicht gegen diesen, sondern nur gegen den Mäkler zu.

[25]) Ein Rechtssatz, daß der Mäkler dem Auftraggeber nur zahlungsfähige Kontrahenten zuführen dürfe, besteht nicht. Es ist Sache des Auftraggebers, von dessen Willen der Vertragschluß abhängt, sich nach der Gegenpartei zu erkundigen. Dagegen ist der Mäkler verpflichtet, alles, was er über den zugeführten Gegenkontrahenten weiß, dem Auftraggeber mitzutheilen. Vgl. RG. in Gruchot Bd. 45 S. 1010 ff., Staub, Exkurs zu § 92 HGB. Anm. 18, Dernburg II § 339 I.

[26]) Die Hypothekenmäkler sind gewöhnlich als Mäkler der Geldsucher, die Wohnungsnachweis-Bureaus als Mäkler der Vermiether thätig. Wenn ein Geldgeber oder ein Miether dem Mäkler mittheilt, er suche eine Hypothek, eine Wohnung, und dann durch Vermittelung des Mäklers eine Hypothek erwirbt, eine Wohnung miethet, so ist er doch zur Entrichtung eines Mäklerlohns nicht verpflichtet. Er hat dem Mäkler nicht eine Leistung übertragen (vgl. § 653 Abs. 1), sondern ihm nur die ihm von einem Anderen übertragene Leistung erleichtert.

[27]) Eine Haftung des Mäklers gegenüber der anderen Vertragspartei kann sich nur auf die Vorschriften über unerlaubte Handlungen gründen. Vgl. aber HGB. § 98. Der Handelsmäkler nimmt grundsätzlich eine andere Stellung ein als der Civilmäkler. Er hat regelmäßig eine objektivere Stellung über den Parteien (vgl. Staub Anm. 6 zu § 93 HGB).

[28]) Vgl. aber § 654 und unten unter 4 S. 685.

[29]) Dies ist z. B. bei Gesindevermiethungen der Fall.

[30]) Der Mäklervertrag kann auch stillschweigend geschlossen werden, die Uebertragung der Leistung, das Versprechen eines Lohnes können auch stillschweigend erfolgen. Liegen

geschlossen, ist dem Mäkler eine Nachweis- oder Vermittelungsthätigkeit übertragen, so gilt ein Mäklerlohn als stillschweigend vereinbart, wenn die dem Mäkler übertragene Leistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist (§ 653 Abs. 1).[31])

3. Voraussetzung für den Anspruch des Mäklers ist ferner, daß der Vertrag in Folge des Nachweises oder in Folge der Vermittelung des Mäklers zu Stande gekommen ist (§ 652 Abs. 1 S. 1). Es genügt nicht, daß der Mäkler eine Thätigkeit entfaltet hat, selbst wenn durch sie der von dem Auftraggeber angestrebte Vertrag zum Abschlusse vollständig reif geworden ist. Der Auftraggeber ist berechtigt, den Abschluß, auch willkürlich, abzulehnen und dadurch den Anspruch des Mäklers zu beseitigen.[32]) Im übrigen gilt folgendes:

a) Der Vertrag muß in Folge der Thätigkeit des Mäklers zu Stande kommen, es muß ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dieser Thätigkeit und dem Vertragschlusse bestehen.[33]) Dieser Zusammenhang wird dadurch nicht aufgehoben, daß der Mäkler arglistig umgangen wird, daß der Auftraggeber z. B. den Vertragschluß zunächst ablehnt, um den Mäklerlohn zu sparen, den Vertrag aber demnächst doch abschließt.[34])

b) Der Vertrag muß zu Stande gekommen sein. Wann dies der Fall ist, ist nach der Lage des einzelnen Falles zu entscheiden[35]). Ist der geschlossene Vertrag aus irgend einem Grunde unwirksam, z. B. wegen Mangels der vorgeschriebenen Form[36]) oder weil er gegen die guten Sitten verstößt, so ist

---

aber auch derartige stillschweigende Erklärungen nicht vor, so begründet die bloße Thatsache des Nachweises oder der Vermittelung oder selbst das bloße Gewährenlassen der Thätigkeit des Mäklers einen Anspruch für diesen nicht. Vgl. Prot. II S. 346, KB. zu § 643 E IV, Planck Anm. 2a zu § 652, Staub Exkurs zu § 92 Anm. 10.

[31]) Der Mäkler kann den Lohn selbst dann fordern, wenn der Auftraggeber irriger Weise annahm, es werde kein Lohn gefordert werden. Vgl. Prot. II S. 346, KB. zu § 643 E. IV. Siehe im übrigen die Ausführungen über den dem § 653 entsprechenden § 612 oben § 168 S. 615.

[32]) Siehe oben unter I, 2c S. 680. Vgl. RG. in der JW. 1902 Beilage 6 S. 228. Hieran ändert es auch nichts, wenn das Widerrufsrecht des Auftraggebers vertragsmäßig ausgeschlossen ist. Dann kann er zwar den Auftrag nicht widerrufen, aber es bleibt ihm das Recht, den Vertragschluß abzulehnen, so daß im Resultate der Verzicht auf das Widerrufsrecht ohne Bedeutung ist, wenn er nicht gleichzeitig den Verzicht auf die Ablehnung des Vertragschlusses in sich schließt. So zutreffend Rospatt in Gruchot Bd. 45 S. 546 ff. A. M. Neumann Anm. I, 3 zu § 652, JW. 1901 S. 523 Nr. 14, Mugdan-Falkmann 1900 S. 236.

[33]) Ein solcher ist z. B. nicht vorhanden, wenn der Mäkler dem Auftraggeber eine Person nachweist, mit der er ohnehin verhandelte oder die ihm bereits als zum Abschlusse bereit bekannt war. — Wenn ein Mäklervertrag geschlossen, der Mäkler thätig gewesen und in Folge dessen der Vertrag zu Stande gekommen ist, so kann man nicht als eine weitere Voraussetzung für die Verpflichtung des Auftraggebers noch aufstellen, er müsse bei Abschluß des Vertrags von der Vermittlerthätigkeit Kenntniß gehabt haben. (So RG. Bd. 31 S. 291, Planck Anm. 2, d zu § 652.) Mit Recht bemerkt Oertmann (Anm. 2, a, γ zu § 652) dagegen, daß es hierfür an einem Anhalt im Gesetze fehlt und daß der Auftraggeber wissen muß, der Gegenkontrahent könne ihm durch den Mäkler zugeführt sein. Vgl. auch Neumann Anm. II, 3 zu § 652.

[34]) Vgl. M. II S. 513, Planck Anm. 2, 3 zu § 652, Endemann I § 175 Anm. 2, Neumann Anm. II, 3 zu § 652.

[35]) Wenn es sich um Verschaffung eines Darlehens handelt, so wird der Lohn regelmäßig nicht schon mit dem Darlehensversprechen, sondern erst mit dem Empfange des Darlehens verdient sein, da erst mit diesem das Darlehen zu Stande kommt (siehe oben § 166 unter 2 S. 608). Ebenso Dernburg II § 339 Anm. 12, der als verkehrsübliche Ausnahme den Baugeldervertrag erwähnt, Staub Exkurs zu § 92 Anm. 19, RG. Bd. 39 S. 231, KG. in den Bl. f. R. 1897 S. 106.

[36]) Vgl. RG. in der JW. 1902 Beilage 6 S. 228.

er nicht zu Stande gekommen; der Auftraggeber ist zur Entrichtung des Lohnes nicht verpflichtet. Das Gleiche ist der Fall, so lange die Wirkung des wirksam abgeschlossenen Vertrags noch nicht eingetreten ist, oder wenn diese Wirkung oder der Vertrag in Folge von Umständen wieder aufgehoben wird, welche in dem Vertrage selbst oder in den Umständen seines Abschlusses ihre Grundlage haben[37]). Danach kann, wenn der Vertrag unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen wird, der Mäklerlohn erst verlangt werden, wenn die Bedingung eintritt (§ 652 Abs. 1 S. 2). Ist der Vertrag unter einer auflösenden Bedingung geschlossen, ist er anfechtbar, hat sich eine Partei das Recht des Rücktritts vorbehalten, so ist der Anspruch auf den Mäklerlohn zwar zunächst begründet, er kommt aber mit dem Eintritte der Bedingung[38]), mit der Anfechtung[39]), mit der Ausübung des Rücktrittsrechts[40]) wieder in Fortfall. Ist der Lohn bereits entrichtet, so kann er in diesen Fällen zurückgefordert werden (§ 812 Abs. 1 S. 2). Dagegen läßt eine Wiederaufhebung des Vertrags, welche nicht in diesem selbst oder in den Umständen seines Abschlusses, sondern z. B. in einer späteren Vereinbarung, in der mangelhaften Erfüllung, in der Nichterfüllung, im Verzug ihren Grund hat, den Lohnanspruch unberührt[41]).

§ 654. 4. Der Mäkler darf nicht für beide Theile thätig sein, wenn deren Interessen einander widersprechen[42]). Ist er dem Inhalte des Vertrags zuwider auch für den anderen Theil thätig gewesen, so hat er den Vertrag nicht erfüllt; der Anspruch auf den Mäklerlohn und den Ersatz von Aufwendungen ist ausgeschlossen (§ 654)[43]). Wann die Thätigkeit für den anderen Theil dem Inhalte des Vertrags widerspricht, ist Frage des einzelnen Falles. Neben den ausdrücklichen und stillschweigenden Vereinbarungen und der Art des angestrebten Vertrags wird hier auch die Verkehrssitte in Betracht kommen[44]). Ist der Mäkler mit Kenntniß und ohne Widerspruch des Auftraggebers auch für den anderen Theil thätig, so steht dies seinem Lohnanspruche nicht entgegen[45]). Voraussetzung für die Anwendung des § 654 ist, daß der Mäkler auch für den anderen Theil t h ä t i g g e w e s e n i s t. Es genügt nicht, daß er auch von dem Anderen sich eine Provision hat versprechen lassen oder eine solche nach-

---

[37]) Vgl. Rospatt, zwei Streitfragen des Mäklervertrags, in Gruchot Bd. 45 S. 554.

[38]) Ebenso M. II S. 513, Planck Anm. 2c zu 652, Neumann Anm. II, 2c β zu § 652, Fischer-Henle Anm. 8 zu § 652, Staub Exkurs zu § 92 Anm. 22, S. Goldmann I S. 455 β. A. M. Dernburg II § 339 Anm. 8, Cosack I § 152 Anm. 18, Oertmann Anm. 2, a, α zu § 652, Kuhlenbeck Anm. 3 zu § 652.

[39]) Hierüber herrscht, soweit ersichtlich, Einstimmigkeit.

[40]) Rospatt in Gruchot Bd. 45 S. 552 ff. A. M. Planck Anm. 2c, Oertmann Anm. 2a α zu § 652.

[41]) Vgl. Rospatt a. a. O., RG. in der JW. 1901 S. 171 Nr. 20; Planck a. a. O.

[42]) Vergl. ALR. I, 13 § 22.

[43]) Der von der Reichstagskommission herrührende § 654 spricht der größeren Klarheit wegen eine aus den allgemeinen Grundsätzen wegen Nichterfüllung sich ergebende Folge aus. Vergl. M. II S. 515, Prot. II S. 344, KB. zu § 643a. Aus diesen Grundsätzen folgt, daß § 654 nur eine Einrede gewährt (§§ 320 ff.). Ein ipso iure wirkender Ausschließungsgrund liegt trotz des Wortlauts des § 654 nicht vor. Ebenso Staub Exkurs vor § 92 Anm. 27, a. M. Planck Anm. 3, Oertmann Anm. 2a zu § 654.

[44]) Wenn es sich z. B. nur um den Nachweis einer Gelegenheit zum Vertragschlusse handelt, wird der Inhalt des Vertrags regelmäßig der Thätigkeit des Mäklers für beide Theile nicht entgegen stehen. Vgl. M. II S. 515. Bei der Gesindevermiethung ist eine solche Thätigkeit allgemein üblich. Vgl. auch HGB. § 99.

[45]) Vgl. Prot. II S. 343, Planck Anm. 2 zu § 654, RG. Bd. 4 S. 222 und in der JW. 1901 S. 90 Nr. 32.

träglich annimmt[46]). — Ob im Falle des § 654 der Anspruch gegen beide Theile oder nur gegen einen Theil ausgeschlossen ist, hängt davon ab, ob beiden Theilen gegenüber eine Zuwiderhandlung gegen den Inhalt des mit ihnen geschlossenen Mäklervertrags vorliegt[47])[48]).

§ 653 Abs. 2. 652 Abs. 2. 5. Die Höhe des Mäklerlohns richtet sich zunächst nach der getroffenen Vereinbarung. Ist die Höhe nicht bestimmt, so ist beim Bestehen einer Taxe der taxmäßige Lohn, in Ermangelung einer Taxe der übliche Lohn als vereinbart anzusehen (§ 653 Abs. 2)[49]). — Ersatz von Aufwendungen kann der Mäkler neben dem Mäklerlohne nur dann verlangen, wenn er vereinbart ist (§ 653 Abs. 2 S. 1). Kommt ein Vertrag nicht zu Stande, so besteht grundsätzlich ein Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen ebenso wenig wie ein Anspruch auf Mäklerlohn. Nur auf Grund einer Vereinbarung kann auch in diesem Falle der Mäkler Ersatz von Aufwendungen verlangen (§ 652 Abs. 2 S. 2).

§ 655. 6. Ein unverhältnißmäßig hoher Mäklerlohn kann, wenn er für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Dienstvertrags oder für die Vermittelung eines solchen Vertrags vereinbart ist, auf Antrag des Schuldners durch Urtheil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden (§ 655 S. 1). Bei dem Nachweis oder der Vermittelung anderer Verträge als Dienstverträge findet die Vorschrift keine Anwendung[50]). — Bei Beantwortung der Frage, ob der Lohn unverhältnißmäßig hoch ist, ist jedes berechtigte Interesse des Gläubigers in Betracht zu ziehen[51]). Nach der Entrichtung des Lohnes ist die Herabsetzung ausgeschlossen (§ 655 S. 2)[52]).

§ 656. IV. Bezüglich der Heirathsvermittelung hat das Gesetz die Vertragsfreiheit beschränkt[53]). Durch das Versprechen eines Lohnes für den Nachweis der Gelegenheit zur Eingehung einer Ehe oder für die Vermittelung des Zustandekommens einer Ehe wird eine Verbindlichkeit nicht begründet[54]). Ein Anspruch

---

[46]) So zutreffend Staub Exkurs zu § 92 HGB. Anm. 27.

[47]) Vgl. Oertmann Anm. 2a zu § 654.

[48]) Ueber den Anspruch des Mäklers gegen beide Theile, falls die Voraussetzungen des § 654 nicht vorliegen, siehe oben unter III, 1 S. 683. HGB. § 99 gilt für den Civilmäkler nicht. Planck Anm. 5 zu § 654.

[49]) Vgl. oben § 168 S. 615. — Nach der zutreffenden Ansicht von Dernburg II § 339 unter II, Staub Exkurs zu § 92 Anm. 12 sind Bestimmungen der Landesgesetze, welche einen Höchstbetrag der Mäklergebühr feststellen, als nicht besonders vorbehalten, durch das BGB. aufgehoben.

[50]) Die Vorschrift des § 655, welche die Reichstagskommission eingefügt hat, richtet sich speziell gegen die Civilmäkler, insbesondere gegen die Uebervortheilungen von Dienstsuchenden, Schauspielern usw. KB. zu § 643b.

[51]) Der Mäkler kann sich z. B. auch die Benutzung seines Namens und Einflusses bezahlen lassen. Hachenburg S. 100.

[52]) Näheres siehe oben in den Ausführungen über § 343 (§ 101 S. 396ff.). — § 655 gilt auch für den Handelsmäkler, Staub Anm. 5 zu § 99 HGB.

[53]) Vgl. Schindler, die gewerbsmäßige Heirathsvermittelung (Berlin 1901).

[54]) Der Vertrag ist nicht nichtig, vielmehr läßt er eine natürliche (unvollkommene) Verbindlichkeit bestehen, wie S. 2 des Abs. 1 ergiebt. In der Reichstagskommission, von der die Bestimmung herrührt, wurde anerkannt, daß man noch nicht in allen Kreisen das Geben und Nehmen eines Lohnes für die Heirathsvermittelung als unsittlich betrachte. Dies „sei nur ein Grund mehr", der entgegengesetzten Auffassung „durch die erziehliche Wirkung des BGB. zum Durchbruche zu helfen". „Die Prozesse wegen Heirathsvermittelung geben zu den allergrößten Aergernissen Anlaß, es empfehle sich daher nicht nur, die Klage auf Zahlung der vereinbarten Leistungen, sondern ebenso die Rückforderung des etwa aus diesem Grunde Geleisteten auszuschließen" (KB. zu § 643c E IV). Hiernach braucht man sich für den vorliegenden Fall nicht über die Bedeutung der Materialien für die Gesetzesauslegung zu streiten. Das Gesetz bringt nicht allein die Nichtigkeit nicht

auf den Mäklerlohn steht danach dem Mäkler auch beim Zustandekommen der Ehe in Folge seiner Thätigkeit nicht zu. Ebensowenig kann er Ersatz von Aufwendungen verlangen[55]). Auch durch eine Vereinbarung, durch die der Auftraggeber zum Zwecke der Erfüllung des Versprechens dem Mäkler gegenüber eine Verbindlichkeit eingeht, wird diese Verbindlichkeit nicht begründet (§ 656 Abs. 2, Abs. 1). Das Gesetz erwähnt als Beispiel das Schuldanerkenntniß. Die Vorschrift gilt aber für jede zum Zwecke der Erfüllung eingegangene Verbindlichkeit, insbesondere auch für Wechselverpflichtungen. Dagegen kann das auf Grund des Versprechens Geleistete nicht deshalb zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht vorliegt (§ 656 Abs. 1 S. 2). Die Rückforderung ist selbst dann ausgeschlossen, wenn der Zahlende nicht gewußt hat, daß keine Verbindlichkeit vorliegt. Gleichgültig ist es, in welcher Art die Leistung erfolgt ist, ob durch Zahlung, durch Hingabe an Zahlungsstatt, durch eine vom Auftraggeber[56]) erklärte Aufrechnung oder in anderer Weise[57]). Auch das auf Grund eines Erfüllungs-Versprechens Geleistete kann nicht zurückgefordert werden (§ 656 Abs. 2, Abs. 1 S. 2)[58])[59]).

Einundzwanzigster Titel.

§ 181. Auslobung.[1])

I. 1. Auslobung ist die durch öffentliche Bekanntmachung erfolgende Aussetzung einer Belohnung für die Vornahme einer Handlung (§ 657). Die Auslobung ist ein durch sich selbst verpflichtendes einseitiges Versprechen, durch welches der Auslobende kraft seines Verpflichtungswillens demjenigen zur Erfüllung verpflichtet wird, welcher die durch die Auslobung näher bestimmte **§ 657.**

---

zum Ausdrucke, sondern es wollte, wie die angeführten Stellen ergeben, nur, wie im Falle des § 762, jede Klage ausschließen und die Anwendung der §§ 138, 817 erst durch seine erziehliche Wirkung vorbereiten. Man kann auch unmöglich die entgeltliche Heirathsvermittelung jetzt schlechthin für unsittlich erklären, nachdem bis zum 1. 1. 00. vielfach von den Gerichtshöfen das Gegentheil angenommen worden war (siehe oben § 6 Anm. 9 a. E. S. 19 und RG. in Gruchot Bd. 46 S. 908). Im übrigen ist die ganze Frage — ob Nichtigkeit oder unvollkommene Verbindlichkeit — ohne jede praktische Bedeutung. Auch wird in der Literatur die Nichtigkeit fast einstimmig verworfen. Vgl. die Literatur-Angaben bei Schindler a. a. O. S. 64 Anm. 16, Planck Anm. 3 zu § 656, Oertmann Anm. 2 zu § 656, Dernburg II § 339 Anm. 15, Hachenburg S. 57. Die Nichtigkeit vertritt insbesondere Kohler, der Ehemaklerlohn, im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 12 S. 317 ff.

[55]) Ebenso Cosack I § 152 II, 2, Oertmann Anm. 3 zu § 656, Schindler a. a. O. S. 76 ff., A. M. Fischer-Henle Anm. 1 zu § 656. Da eine Verbindlichkeit durch das Versprechen nicht begründet wird, kann auch § 652 Abs. 2 S. 1 nicht zur Anwendung kommen. — Dagegen ist nicht abzusehen, wie auf Grund des § 656, der ausschließlich den Mäklervertrag betrifft, die Klagbarkeit des Anspruchs auf Entrichtung der Insertionsgebühren für Heiratsinserate verneint werden kann. So Kohler a. a. O. S. 332, Cosack a. a. O. Hier kann nur § 138 in Frage kommen. Vgl. Planck Anm. 3 zu § 656, Oertmann a. a. O., Schindler a. a. O. S. 77 ff.

[56]) Eine vom Mäkler erklärte Aufrechnung ist keine Leistung des anderen Theiles.

[57]) Vgl. Schindler a. a. O. S. 67, Oertmann Anm. 2 c zu § 656.

[58]) Hat der Auftraggeber dem Ehemäkler einen Wechsel über den Mäklerlohn gegeben, so kann er gegen die Wechselklage den Einwand aus § 656 Abs. 2, Abs. 1 S. 1 erheben. Hat er aber den Wechsel eingelöst, so kann er den Betrag nach § 656 Abs. 2, Abs. 1 S. 2 nicht zurückfordern. Die Herausgabe des noch nicht eingelösten Wechsels kann er auf Grund des § 812 verlangen. Ebenso Planck Anm. 5 zu § 656, Schindler a. a. O. S. 70 Anm. 6.

[59]) Auf die Heirathsvermittelung findet § 35 Gew.-O. Anwendung.

[1]) Vgl. Elster, die Lehre von der Auslobung, Arch. f. bürgerl. R. Bd. 18 S. 125 ff.

Leistung vollbracht hat.[2]) Sie stellt eine Ausnahme von dem im § 305 aufgestellten Grundsatze dar, nach dem zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft regelmäßig ein Vertrag zwischen den Betheiligten erforderlich ist.

2. Die Auslobung als ein einseitiges Versprechen begründet eine Verpflichtung nur für den Auslobenden.[3]) Doch will der Auslobende, ähnlich wie der Auftraggeber beim Mäklervertrage den Mäklerlohn, die Belohnung nur als Entgelt für die Vornahme der betreffenden Handlung entrichten.[4]) Auch die Auslobung ist auf den Austausch zweier Leistungen, der Belohnung gegen die Handlung, gerichtet. Die Vornahme der Handlung ist nicht eine Bedingung, von der die Wirkung des Versprechens des Auslobenden abhängig ist, sondern die Gegenleistung, für welche die Belohnung das Entgelt bildet,[5]) wenn auch eine Verpflichtung zu dieser Gegenleistung nicht besteht.

3. Die Auslobung ist ein wirksames, aber regelmäßig bis zur Vornahme der Handlung nicht bindendes Rechtsgeschäft.[6]) Bis dahin kann sie widerrufen werden (§ 658 Abs. 1 S. 1).

II. Die Voraussetzungen der Auslobung sind die folgenden:

1. Der Auslobende muß eine Belohnung aussetzen. Ob die Belohnung in Geld oder in einer anderen Leistung[7]) besteht, ist gleichgültig.

2. Die Belohnung muß durch öffentliche Bekanntmachung ausgesetzt werden. In welcher Weise die öffentliche Bekanntmachung zu erfolgen hat, hängt von den Umständen des einzelnen Falles und der Verkehrssitte ab.[8]) Im

---

[2]) So M. II S. 519. Siehe oben § 91 I S. 355. Vgl. Windscheid Bd. II § 309 unter 1a, Eccius I §§ 71, 72, Dernburg PR. II § 12 unter 2, Elster a. a. O. S. 171. Darüber, daß das BGB. die Vertragstheorie verworfen und sich der Pollizitationstheorie angeschlossen hat, scheint kaum noch ein Zweifel zu bestehen. Es kann auch nicht fraglich sein gegenüber der Bestimmung des § 657, daß die Auslobung auch gegenüber demjenigen verpflichtet, welcher die Handlung ohne Rücksicht auf die Auslobung vorgenommen hat.

[3]) Bei der Preisbewerbung (§ 661) übernimmt der Sieger häufig gewisse Verpflichtungen, z. B. das Eigenthum des Werkes auf den Auslobenden zu übertragen (§ 661 Abs. 4), eine wissenschaftliche Arbeit drucken zu lassen oder dergl. Solche Verpflichtungen werden nicht durch die Auslobung begründet. Diese enthält vielmehr, insoweit sie derartige Bedingungen stellt, eine Aufforderung zu Vertragsanträgen. Die Bewerbung stellt sich als Vertragsantrag an den Auslobenden, die Zuerkennung des Preises als Annahme des Antrags dar. Vgl. auch den in der zweiten Kommission zu § 661 Abs. 4 gestellten Antrag: „Der Anspruch entsteht mit der Zuerkennung des Preises an den Bewerber." (Prot. II S. 351.)

[4]) Siehe oben § 180 unter I, 2b S. 680. Vom Mäklervertrag unterscheidet sich die Auslobung, abgesehen von der Vertragsnatur des ersteren, namentlich dadurch, daß sich die Auslobung nicht an eine bestimmte Person richtet, daß sie öffentlich erfolgen muß und daß sie nicht auf das Zustandebringen eines Vertrags beschränkt ist.

[5]) Siehe oben § 180 Anm. 7 S. 680. Dies ergiebt übrigens schon der Wortlaut des Gesetzes. Der Auftraggeber verspricht den Mäklerlohn „für den Nachweis", „für die Vermittelung", der Auslobende die Belohnung „für die Vornahme einer Handlung". Vgl. dagegen Elster a. a. O. S. 136.

[6]) Siehe oben § 23 Anm. 14 S. 107, § 46 Anm. 16 S. 185, § 180 Anm. 9 S. 680.

[7]) Z. B. in einem Buche, einer goldenen Uhr, Uebertragung einer Arbeit, unentgeltlicher Theilnahme an einem Unterrichtskursus oder dergl.

[8]) Planck Anm. 1 zu § 657. Es ist nicht erforderlich, daß sich die Bekanntmachung an eine unbegrenzte Anzahl von Personen richtet. Es genügt, daß sie nicht an bestimmte einzelne Personen, sondern an eine größere Anzahl von Personen gerichtet ist, wenn diese auch einen geschlossenen Kreis bilden. Deshalb kann eine wirksame Auslobung unter Umständen auch an die Mitglieder eines Vereins erfolgen. Vgl. Dernburg II § 335 II, 1, Oertmann Anm. 1 zu § 657, Elster a. a. O. S. 134. A. M. Planck a. a. O.

übrigen ist eine Form für das Aussetzen der Belohnung nicht vorgeschrieben.[9]) — Erfolgt eine öffentliche Bekanntmachung nicht oder wird die Belohnung nur bestimmten Personen versprochen, so liegt eine wirksame Auslobung nicht vor. Für die bestimmten Personen kann ein Anspruch nur entstehen, wenn sie das Versprechen angenommen haben.

3. Die Belohnung muß für die Vornahme einer Handlung, insbesondere für die Herbeiführung eines Erfolges ausgesetzt werden. Es kann sich um Handlungen jeder Art handeln,[10]) sofern sie nur nicht gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen (vgl. §§ 134, 138). Ob der Auslobende mit der Vornahme der Handlung ein persönliches oder ein allgemeines Interesse verfolgt, ist gleichgültig. — Dagegen findet auf das öffentlich bekannt gemachte Versprechen einer Leistung, das sich nicht auf die Vornahme einer Handlung bezieht, z. B. auf das Versprechen einer Leistung beim Eintritt oder bei der Feststellung einer Thatsache, § 657 nicht Anwendung. Durch ein solches einseitiges Versprechen wird eine Verpflichtung nicht begründet.[11])

III. Liegen diese Voraussetzungen (unter II) vor, so wird dadurch für den Erklärenden die Verpflichtung begründet, die Belohnung demjenigen zu entrichten, welcher die Handlung vorgenommen hat (§ 657).

§ 658.

1. Mit der öffentlichen Bekanntmachung wird die Auslobung wirksam. Sie kann jedoch bis zur Vornahme der Handlung widerrufen werden (§ 658 Abs. 1 S. 1),[12]) falls in der Auslobung nicht auf die Widerruflichkeit verzichtet worden ist. Ein solcher Verzicht liegt im Zweifel in der Bestimmung einer Frist für die Vornahme der Handlung (§ 658 Abs. 2).[13]) Der Wider-

---

[9]) Auch wenn ein Grundstück als Belohnung ausgesetzt, also durch die Auslobung die Verpflichtung des Auslobenden begründet wird, das Eigenthum an einem Grundstücke zu übertragen, ist gerichtliche oder notarielle Beurkundung nicht erforderlich. § 313 findet nicht Anwendung, weil kein Vertrag vorliegt. (Siehe oben § 94 Anm. 3 S. 362.)

[10]) Vgl. Elster a. a. O. S. 132. Z. B. das Wiederbringen eines verlorenen Ringes, den Nachweis eines Zeugen für einen bestimmten Vorgang, die Ermittelung des Thäters einer strafbaren Handlung, die beste Arbeit über Diphtheritis, den Nachweis eines Fehlers in einem Werke (vgl. Planck Anm. 2 zu § 657), Lösung eines Rebus, eines Räthsels. Mit Unrecht will Cosack I § 153 I auf die letzteren Fälle die Regeln vom Spielvertrag anwenden. Ein Spiel liegt nicht vor. Vgl. Kuhlenbeck Anm. 1 zu § 661. — Handlung im Sinne des § 657 kann auch, wie Dernburg II § 335 Anm. 4 zutreffend hervorhebt, ein Unterlassen sein. Dernburg erwähnt z. B. die Aussetzung einer Belohnung zu Gunsten entlassener Zuchthaussträflinge für den Fall weiteren vorwurfsfreien Lebens.

[11]) „100 M. zahle ich demjenigen, welcher nach zweiwöchigem Gebrauche meines Mundwassers noch Zahnschmerzen bekommt." Hierher gehört auch z. B. eine Schönheitskonkurrenz. Die Unwirksamkeit vieler Auslobungen zu Reklamezwecken beruht darauf, daß es sich bei ihnen um den Eintritt von Thatsachen, nicht um die Vornahme von Handlungen handelt. Im übrigen ist es nicht zutreffend, alle Auslobungen zu Reklamezwecken unterschiedslos als nicht ernsthaft gemeint oder als gegen die guten Sitten verstoßend für unwirksam zu erklären. Es kommt hier ganz auf den einzelnen Fall an. (Vgl. M. II S. 520, Oertmann Vorbem. 2 vor § 657, der mit Recht auf die §§ 116, 118 verweist, und Elster a. a. O. S. 137 ff.) Wenn ein Gastwirth eine Belohnung für den aussetzt, welcher an einem Abende die meisten Gläser Bier trinkt, so verstößt dies gegen die guten Sitten. Verspricht Jemand 1000 M. für den Fall des Nachweises, daß man irgendwo preiswerther kauft als bei ihm, so kann man annehmen, daß dies nicht ernsthaft gemeint ist. Dagegen kann z. B. das Aussetzen einer mäßigen Belohnung für den, der einen Fehler in einer bestimmten Waare nachweist, sehr wohl als ernsthaft angesehen werden.

[12]) Siehe oben unter I, 3 S. 688.

[13]) Wer eine Mark Belohnung dem verspricht, welcher ihm das verlorene Theaterbillet für den 6. Dezember bis zu diesem Tage Nachmittags 6 Uhr wiederbringt, kann die Auslobung nicht widerrufen.

ruf muß in derselben Weise wie die Auslobung bekannt gemacht werden. Anderenfalls ist er unwirksam. Eine besondere Mittheilung des Widerrufs an bestimmte Personen ist zwar zulässig (§ 658 Abs. 1 S. 2), sie hat aber Wirkung nur gegenüber den Empfängern der Mittheilung.[14]) — Mit dem rechtzeitigen und gehörig bekannt gemachten Widerrufe hört jede Verpflichtung des Auslobenden auf, die Auslobung wird unwirksam. Irgend welche Ansprüche auf Schadensersatz oder auf Ersatz von Aufwendungen bestehen gegen den Auslobenden nicht. Die Vornahme der Handlung geht, bis sie erfolgt ist, auf Gefahr des Handelnden. Nach der Vornahme der Handlung ist der Widerruf unwirksam, ohne daß es darauf ankommt, ob der Auslobende von der Vornahme Kenntniß hatte oder nicht.[15])

2. Während die Verpflichtung des Auslobenden durch die öffentliche Bekanntmachung begründet wird, entsteht der Anspruch aus der Auslobung durch die Vornahme der Handlung. Diese bestimmt die Person desjenigen, welchem gegenüber der Auslobende verpflichtet und der seinerseits der Berechtigte ist[16]). Der Anspruch auf die Belohnung entsteht ausschließlich durch die Vornahme der Handlung ohne Rücksicht darauf, ob der Auslobende von der Vornahme oder der Handelnde von der Auslobung Kenntniß hatte. Auch wenn dieser nicht mit Rücksicht auf die Auslobung gehandelt hat, ist der Auslobende nach ausdrücklicher Vorschrift des Gesetzes verpflichtet, die Belohnung an ihn zu entrichten. Unter Umständen kann selbst die Vornahme der Handlung vor der Auslobung den Anspruch auf die Belohnung begründen[17]). Er entsteht in diesem Falle mit der öffentlichen Bekanntmachung der Auslobung.

Auf das durch die Auslobung begründete Schuldverhältniß finden die allgemeinen Vorschriften über Schuldverhältnisse (§§ 241 ff.) Anwendung. Auf die Haftung wegen Mängel des als Belohnung ausgesetzten Gegenstandes müssen auch hier die Vorschriften über den Kauf (§§ 434 ff., 459 ff.) entsprechend angewendet werden[18])[19]).

---

[14]) Oertmann Anm. 2 zu § 658. Die öffentliche Bekanntmachung des Widerrufs wirkt gegen alle, auch gegen diejenigen, welchen etwa die Auslobung besonders mitgetheilt worden war.

[15]) Den allgemeinen Grundsätzen entsprechend ist der Tod oder der Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Auslobenden regelmäßig auf die Wirksamkeit der Auslobung und auf die Widerruflichkeit ohne Einfluß. Der Widerruf kann durch den Erben bezw. durch den gesetzlichen Vertreter erfolgen. M. II S. 522—523, Planck Anm. 2, Oertmann Anm. 5, c zu § 658, Elster a. a. O. S. 184.

[16]) M. II S. 520.

[17]) Es ist Frage der Auslegung, ob sich die Auslobung auch auf vor ihrer Bekanntmachung vorgenommene Handlungen bezieht. So Dernburg II § 335 II, 4.

[18]) In den §§ 445, 493 sind diese Vorschriften zwar nur auf andere auf Veräußerung gerichtete Verträge für anwendbar erklärt. Man hielt aber die entsprechende Anwendung aller für die Schuldverhältnisse geltenden Bestimmungen auf verpflichtende einseitige Versprechen für selbstverständlich. (Vgl. E. I § 343, Prot. I S. 448 III.) — Im Anschluß an die M. II S. 520 wollen viele Schriftsteller den Auslobenden je nach den Umständen als Käufer oder als Schenker haften lassen (vgl. z. B. Planck Vorbem. III, 2, Oertmann Vorbem. 4 vor § 657). Dies erscheint nicht zutreffend, da die Auslobung, auch wenn der Auslobende kein persönliches Interesse an der Handlung hat, immer auf Austausch von Leistung und Gegenleistung gerichtet ist. Siehe oben unter I, 2 S. 688. — Wandelung und Minderung sind begriffsmäßig ausgeschlossen. M. II S. 520.

[19]) Zu beachten ist, daß die Vornahme der Handlung keine Verpflichtung des Handelnden ist. Hier kommen daher die §§ 275 ff. nicht in Frage. Auch wenn der Andere die Handlung durch Schuld des Auslobenden nicht vornehmen kann, kann er Schadensersatz (§ 280) nicht verlangen, es sei denn, daß ihm ein Anspruch aus einer unerlaubten Handlung des Auslobenden zusteht.

3. Wenn die Handlung, für welche die Belohnung ausgesetzt ist, Mehrere vorgenommen haben, so sind zwei Fälle zu entscheiden.

§ 659. a) Ist die Handlung mehrmals und zwar von Mehreren selbständig vorgenommen, so gebührt die Belohnung, wenn einer die Handlung zuerst vorgenommen hat, diesem, wenn die Handlung von Mehreren gleichzeitig vorgenommen worden ist, jedem zu gleichem Theile (§ 659 Abs. 1 u. 2 S. 1)[20]. Läßt sich letzteren Falles die Belohnung wegen ihrer Beschaffenheit nicht theilen[21]) oder soll nach dem Inhalte der Auslobung nur einer die Belohnung erhalten[22]), so entscheidet das von dem Auslobenden[23]) zu ziehende Loos[24]). — Wer die Belohnung fordert, hat zunächst nur zu beweisen, daß er die Handlung vorgenommen hat. Erbringt der Auslobende den Beweis, daß die Handlung von Mehreren vorgenommen ist, so trifft den Anderen die Beweislast dafür, daß er sie zuerst vorgenommen hat. Fordert Jemand einen Theil der Belohnung, so muß er beweisen, daß er die Handlung mit Anderen und mit wie vielen er sie gleichzeitig vorgenommen hat[25]).

§ 660. b) Wenn es sich um Herbeiführung eines Erfolges handelt und der Erfolg nur einmal, aber durch die Mitwirkung Mehrerer herbeigeführt ist[26]), so hat der Auslobende die Belohnung unter Berücksichtigung des Antheils eines jeden an dem Erfolge nach billigem Ermessen unter sie zu vertheilen (§ 660 Abs. 1 S. 1). Läßt sich die Belohnung nicht theilen oder soll sie nach dem Inhalte der Auslobung nur einer erhalten, so entscheidet auch hier das von dem Auslobenden zu ziehende Loos (§ 660 Abs. 3). — Bei der Vertheilung der Belohnung hat das Gesetz dem Auslobenden eine Stellung gegeben, wie sie bei der Bestimmung der Leistung durch einen Dritten (§ 319) nach billigem Ermessen diesem eingeräumt ist[27]). Ist die Vertheilung offenbar unbillig, so ist sie nicht verbindlich. In diesem Falle erfolgt die Vertheilung durch Urtheil. Der Prozeß ist nicht gegen den Auslobenden, sondern unter den Betheiligten zu

---

[20]) A. setzt eine Belohnung von 100 M. für den aus, der ihm die Person namhaft macht, neben der er am 6. Dezember im Theater gesessen hat. Zuerst nennt ihm B., dann C. den Namen. Dann erhält B. die 100 M. Treffen die brieflichen Mittheilungen des B. und C. gleichzeitig bei A. ein, so erhalten B. und C. je 50 M.

[21]) Wenn z. B. eine Sache als Belohnung ausgesetzt ist. Planck Anm. 2a zu § 659 will hier im Zweifel Theilbarkeit annehmen und Jedem Miteigenthum und Mitbesitz einräumen. Dies dürfte weder der Absicht des Gesetzes noch den Intentionen der Betheiligten entsprechen.

[22]) Wie dies z. B. meist der Fall ist, wenn in Zeitschriften für Lösung von Aufgaben Preise ausgesetzt werden. Dann soll gewöhnlich einer oder es sollen einige Preise erhalten, nicht aber alle Einsender von Lösungen.

[23]) Ebenso Planck Anm. 2b zu § 659, Dernburg II § 335 V, 1. Kuhlenbeck Anm. 3 zu § 659 will zunächst die Betheiligten über die Art der Auslosung entscheiden lassen.

[24]) Eine Loos-Entscheidung kennt das BGB. in den Fällen der §§ 659 Abs. 2, 660 Abs. 3, 661 Abs. 3, 752, 2042.

[25]) Vgl. Neumann Anm. 1, 2, Fischer-Henle Anm. 2, 3 zu § 659.

[26]) Die Vorschrift des § 660 ist von der zweiten Kommission namentlich in Rücksicht auf die Aussetzung von Belohnungen für Ergreifung eines Verbrechers aufgenommen. (Prot. II S. 348.)

[27]) Siehe oben § 95 S. 369 ff. Das dort Ausgeführte hat auch hier entsprechend Geltung. — Im Falle des § 660 kann auf Vornahme der Vertheilung geklagt werden. Vgl. Planck Anm. 2b, Oertmann Anm. 2 zu § 660. A. M. Dernburg II § 335 V, 2. Der Auslobende kann die Vertheilung auch durch Dritte vornehmen lassen (ebenso Planck Anm. 2c, Oertmann Anm. 6 zu § 660, Dernburg § 335 V, 2) und zwar auch dann, wenn er sich dies in der Auslobung nicht vorbehalten hatte. Haben Mehrere die Vertheilung vorzunehmen, so ist für ihre Entscheidung Einstimmigkeit erforderlich (vgl § 317 Abs. 2).

führen[28]). — **Wird die Vertheilung des Auslobenden von einem der Betheiligten nicht als verbindlich anerkannt, so ist der Auslobende zur Entrichtung der Belohnung nicht verpflichtet, bis die Betheiligten den Streit über ihre Berechtigung unter sich ausgetragen haben. Der Auslobende ist berechtigt und auf Verlangen eines Betheiligten verpflichtet, die Belohnung für alle zu hinterlegen** (§§ 372, 660 Abs. 2)[29]).

§ 661. IV. Besondere Bestimmungen enthält das Gesetz über Auslobungen, welche eine Preisbewerbung zum Gegenstande haben. Es handelt sich hierbei um Aussetzen von Preisen bei einem Wettbewerb um die Lösung einer Aufgabe auf dem Gebiete der Wissenschaft, der Kunst, der Technik u. s. w.[30]). Hier gelten folgende Abweichungen von den allgemeinen Vorschriften über Auslobungen.

a) **Die Auslobung ist nur gültig, wenn in der Bekanntmachung[31]) eine Frist für die Bewerbung bestimmt wird** (§§ 661 Abs. 1, 658 Abs. 2).

b) **Der Anspruch auf den Preis wird nicht durch die Vornahme der Handlung** (§ 657) **begründet, sondern durch die auf Grund einer Bewerbung erfolgende Entscheidung des Preisrichters. Die Bewerbung muß innerhalb der gestellten Frist erfolgen und der Auslobung entsprechen. Sie kann bis zur Preisvertheilung zurückgezogen werden[32]). Die Entscheidung ist durch die in der Auslobung bezeichnete Person, in Ermangelung einer solchen durch den Auslobenden zu treffen. Die Preisrichter haben darüber zu entscheiden, ob die Bewerbung der Auslobung entspricht und welche von mehreren Bewerbungen den Vorzug verdient** (§ 661 Abs. 2)[33]). **Sind mehrere Bewerbungen von gleicher Würdigkeit, so finden auf die Zuertheilung des Preises die Vorschriften des** § 659 Abs. 2 **Anwendung** (§ 661 Abs. 3)[34]). **Wenn die in der Auslobung bezeichnete Person die Entscheidung nicht treffen kann oder will, so fällt sie dem Auslobenden zu**[35]).

c) **Die getroffene Entscheidung unterliegt in keinem Falle der Anfechtung; sie ist für alle Theile verbindlich, selbst wenn sie offenbar unbillig ist** (§ 661 Abs. 2 S. 2, vgl. § 660 Abs. 1 S. 2).

---

[28]) Dies ergiebt sich aus dem Abs. 2 des § 660; siehe auch oben § 95 S. 370 unter 2. — Auch wenn der Auslobende die Vertheilung nicht vornehmen kann oder will, kann sie nach Analogie des § 319 Abs. 1 S. 2 durch Urtheil erfolgen. Vgl. hierzu Planck Anm. 2 g zu § 660, Dernburg II § 335 V, 2.

[29]) Der Auslobende kann, ohne sich zu gefährden, die Vertheilung nicht früher durch Leistung vollziehen, als bis alle Betheiligten sie als verbindlich anerkannt haben. Anderenfalls setzt er sich der Gefahr aus, im Falle einer anderen Vertheilung durch Urtheil Nachzahlungen leisten zu müssen. (Vgl. Kuhlenbeck Anm. 3 zu § 660.) Giebt einer der Betheiligten auf Aufforderung des Auslobenden eine Erklärung über die Anerkennung der Vertheilung nicht ab, so liegt der Fall des § 660 Abs. 2 vor. Oertmann Anm. 5, Planck Anm. 2 f zu § 660. Der Auslobende hat also in der Aufforderung zur Anerkennung ein Mittel, diese herbeizuführen oder, solange auch nur einer sich nicht erklärt hat, sich durch die Einrede aus § 660 Abs. 2 gegen Schaden zu schützen.

[30]) M. II S. 523, Planck Anm. 1 zu § 661.

[31]) Wird die Frist erst nach der Auslobung bestimmt, so wird die Auslobung erst mit der öffentlichen Bekanntmachung der Fristbestimmung wirksam.

[32]) Oertmann Anm. 3 zu § 661.

[33]) Die Preisrichter können auch alle Bewerbungen für preisunwürdig erklären. Hieraus und aus § 661 Abs. 2 S. 2 ergiebt sich, daß eine Klage auf Entscheidung gegen die Preisrichter nicht gegeben ist. Vgl. Dernburg II § 336 II. A. M. Fischer-Henle Anm. 3 zu § 661.

[34]) Siehe oben unter III 3 a S. 691.

[35]) Vgl. Planck Anm. 4, Oertmann Anm. 4 b, Kuhlenbeck Anm. 3 zu § 661, Elster a. a. O. S. 190. Nach Cosack I § 135 Anm. 11 soll die Auslobung in diesem Falle unwirksam werden.

d) Wenn in Folge der Auslobung von einem Bewerber ein Werk hergestellt wird, so kann der Auslobende auf Grund der Auslobung an sich die Uebertragung des Eigenthums an dem Werke nicht verlangen. Ein solcher Anspruch steht ihm nur dann zu, wenn er in der Auslobung bestimmt hat, daß die Uebertragung erfolgen soll (§ 661 Abs. 4)[36].

Zweiundzwanzigster Titel.

Auftrag.

§ 182. Begriff und Erfordernisse.

§ 662.

1. Den Gegenstand des Auftrags bildet die Besorgung eines vom Auftraggeber dem Beauftragten übertragenen Geschäfts. Die Uebernahme der Besorgung eines fremden Geschäfts kann jedoch auch den Gegenstand anderer Verträge bilden. Das charakteristische Merkmal, welches den Auftrag von diesen anderen Geschäften unterscheidet, ist die Unentgeltlichkeit der Geschäftsbesorgung[1]), während die entgeltliche Geschäftsbesorgung den Gegenstand eines Dienstvertrags oder eines Werkvertrags ausmacht. Die zum Wesen des Auftrags gehörige Unentgeltlichkeit erfordert, daß dem Beauftragten für die Geschäftsbesorgung kein Entgelt derart zugesichert ist, daß ihm ein Rechtsanspruch zustände. Wird dem Beauftragten eine Gratifikation nur in der Weise in Aussicht gestellt, daß es lediglich von dem Belieben des Auftraggebers abhängt, ob und in welchem Umfange er sie gewähren will, so wird hierdurch das Wesen des unentgeltlichen Auftrags ebensowenig berührt wie dadurch, daß der Auftraggeber dem Beauftragten nach der Besorgung des Geschäfts freiwillig ein Entgelt gewährt.[2])

2. Das Geschäft, dessen Besorgung der Beauftragte übernimmt, kann sowohl ein Rechtsgeschäft sein, als auch in blos thatsächlichen Dienstleistungen bestehen.[3]) Es gehört aber zum Wesen des Auftrags, daß der Beauftragte das Geschäft für den Auftraggeber besorgt.[4]) Ist das Geschäft, das er besorgt, kein fremdes, sondern ausschließlich sein eigenes, so liegt kein Auftrag vor.[5])

3. Zum Zustandekommen des Auftragsverhältnisses ist ein Vertrag zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten erforderlich. Für den Abschluß dieses Vertrags, der sich regelmäßig durch die Ertheilung und die Annahme des Auftrags vollzieht, gelten die allgemeinen Vorschriften.[6]) Die Annahme des Auftrags kann ebenso wie die Ertheilung auch stillschweigend erfolgen; sie ist, wenn nicht ein Fall des § 151 vorliegend, eine empfangsbedürftige Willenserklärung.

---

[36]) Dies gilt auch für das sogenannte geistige Eigenthum (Oertmann Anm. 6 zu § 661). — Siehe auch oben Anm. 3 S. 688.

[1]) Darüber, daß die unentgeltliche Geschäftsbesorgung keine Schenkung ist, vgl. oben § 148 unter I, 1 (S. 529) und Anm. 2.

[2]) Vgl. Prot. II S. 352, Planck Anm. 2c zu § 662.

[3]) Vgl. M. II S. 527, Dernburg II § 294 unter III, Oertmann Vorbem. 3 vor §§ 662 ff., Planck Anm. 2a zu § 662. Das Nähere über den Begriff der Geschäftsbesorgung s. unten § 186 Anm. 3. Selbstverständlich kann der Auftrag auch eine Mehrheit von Geschäften zum Gegenstande haben. Sein Umfang richtet sich nach dem zu ermittelnden Parteiwillen. Der vom ALR. (§ 109 ff. I 14) als besonderer Vertrag behandelte Verwaltungsvertrag ist nach BGB. Auftrag oder Dienstvertrag.

[4]) Ueber das Verhältniß des Auftrags zur Vollmacht vgl. oben § 52 unter 2 (S. 206).

[5]) M. II S. 527.

[6]) Vgl. oben §§ 145 ff.

§ 663. Erfolgt keine Annahme des Auftrags, so kommt der Vertrag nicht zu Stande. Gewissen Personen legt aber das Gesetz die Verpflichtung auf, falls sie den ihnen ertheilten Auftrag nicht annehmen wollen, die Ablehnung dem Auftraggeber unverzüglich anzuzeigen.[7] Diese Verpflichtung hat derjenige, welcher zur Besorgung gewisser Geschäfte öffentlich bestellt ist,[8] ferner wer sich zur Besorgung gewisser Geschäfte öffentlich[9] oder dem Auftraggeber gegenüber erboten hat. Erfüllen diese Personen die Verpflichtung nicht, so sind sie dem Auftraggeber zum Ersatze des aus der nicht erfolgten oder verzögerten Anzeige[10] entstandenen Schadens verpflichtet.[11]

§ 183. Die Verpflichtungen des Beauftragten.

1. Die Annahme des Auftrags begründet für den Beauftragten die Verpflichtung, das ihm übertragene Geschäft zu besorgen. Ein Recht auf die Geschäftsbesorgung erwächst für den Beauftragten aus dem Auftrage nicht.

2. Der Beauftragte hat bei der Ausführung des Auftrags jede Fahrlässigkeit zu vertreten[1]. Dafür, daß er die erforderliche Sorgfalt beobachtet hat, trifft ihn die Beweislast.

§ 664. 3. Da bei der Ertheilung eines Auftrags gewöhnlich das Vertrauen, welches der Auftraggeber in die Person des Beauftragten setzt, entscheidend ist, so ist der Beauftragte in der Regel nicht befugt, die Ausführung des Auftrags einem Dritten zu übertragen. Die persönlichen Beziehungen, welche zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten begründet werden, haben andererseits aber auch die Folge, daß auch der Auftraggeber den Anspruch auf die Ausführung des Auftrags in der Regel nicht übertragen kann[2].

---

[7] Der Unterschied zwischen § 151 und § 663 ist klar, sie haben direkt entgegengesetzte Voraussetzungen. § 151 setzt die Annahme, § 663 die Ablehnung des Auftrags voraus. Vom § 362 HGB. unterscheidet der § 663 sich dadurch, daß dort das Unterlassen der unverzüglichen Antwort die Fiktion der Annahme des Auftrags zur Folge hat. Wenn die M. (II S. 530) bemerken, daß diese Fiktion im Wesentlichen auch nur zum Prinzipe der Schadensersatzpflicht führt, so besteht doch insofern ein großer Unterschied, als im Falle der fingierten Annahme des Auftrags der Auftraggeber, der den Auftrag nicht ausführt, auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (für das positive Interesse) haftet, während im Falle des § 663 nur der aus der unterlassenen Anzeige entstehende Schaden (das negative Interesse) zu ersetzen ist. Vgl. Oertmann Anm. 1 zu § 663. Vgl. die entsprechende Vorschrift des § 30 der Rechtsanw.O. („den durch die Verzögerung erwachsenen Schaden").

[8] Daß Jemand zur unentgeltlichen Besorgung von Geschäften öffentlich bestellt ist, dürfte kaum vorkommen. (Vgl. Prot. II S. 353, Planck Anm. 2 zu § 663, Oertmann Anm. 4 zu § 663.) Die Bedeutung dieser Vorschrift liegt darin, daß sie auch im Falle des § 675 zur Anwendung kommt. Vgl. Endemann I § 173 Anm. 11.

[9] Z. B. Mäkler, insbesondere Grundstücks-, Hypothekenmäkler, Bankiers u. s. w.

[10] Die Anzeige ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Daraus darf aber nicht hergeleitet werden, daß der Anzeigende unter allen Umständen für den Eingang der Anzeige haftet. Er hat die Anzeige in verkehrsüblicher Weise, unter Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt zu erstatten. Hat er dies gethan, so kann er für das Nichteintreffen der Anzeige nicht verantwortlich gemacht werden. Vgl. Dernburg II § 295 unter III, Neumann Anm. II zu § 663.

[11] Oertmann (Anm. 1c zu § 663) bemerkt, daß der Anspruch auf Schadensersatz nur im Falle eines Verschuldens begründet ist. Dies ist an sich richtig, aber die Beweislast trifft nicht den Auftraggeber, vielmehr muß derjenige, welchem der Auftrag ertheilt worden ist, sich exkulpieren (vgl. § 282).

[1] Im Gegensatz zum preußischen Rechte, in welchem der Beauftragte in der Regel nur für diligentia quam suis haftete (ALR. § 54 I 13).

[2] Diese Bestimmungen entsprechen denen des § 613. Vergl. oben § 169 unter 2 (S. 616). Die Abweichung in der Fassung des Abs. 1 S. 1 von der des § 613 S. 1 beruht

4. Hat der Beauftragte unbefugter Weise die Ausführung des Auftrags einem Dritten übertragen, so hat er hierdurch die ihm obliegenden Pflichten verletzt. Er haftet dem Auftraggeber nicht nur für den durch ein Verschulden des Dritten verursachten Schaden, sondern für jeden Schaden, der nicht eingetreten wäre, wenn die Uebertragung des Auftrags nicht erfolgt wäre.

5. War dagegen dem Beauftragten die Uebertragung des Auftrags gestattet[3]), so hat er mit der ordnungsmäßigen Bestellung des Dritten die ihm dem Auftraggeber gegenüber obliegenden Pflichten erfüllt. Er ist in Folge dessen für ein Verschulden des Dritten nicht verantwortlich, sondern hat nur ein Verschulden zu vertreten, welches ihn bei der Uebertragung des Auftrags, bei der Auswahl des Dritten, bei den diesem zu ertheilenden Anweisungen zur Last fällt[4]).

6. Von der Uebertragung der Ausführung des Auftrags an einen Dritten ist die Annahme von Gehülfen zu unterscheiden. Der Dritte, dem die Ausführung des Auftrags übertragen ist, besorgt das Geschäft selbständig, während bei der Zuziehung von Gehülfen der Beauftragte es ist, der das Geschäft besorgt, und die Gehülfen nur unter seiner Leitung thätig werden[5]). Die Zuziehung von Gehülfen ist zwar dem Beauftragten in der Regel gestattet, er hat aber deren Verschulden wie sein eigenes Verschulden zu vertreten. — Darf der Beauftragte ausnahmsweise auch keine Gehülfen zuziehen, so haftet er, wenn er dies trotzdem thut, nicht nur für jedes Verschulden des Gehülfen, sondern auch für jeden Schaden, der ohne diese Zuziehung nicht entstanden wäre[6]).

§ 665. 7. Der Beauftragte hat das Geschäft nach den Weisungen[7]) des Auftraggebers zu besorgen. Weicht er von diesen Weisungen ab, so hat er für den hieraus entstehenden Schaden zu haften, während er andererseits in der Regel nicht verantwortlich ist, wenn aus der Befolgung der ihm ertheilten Weisungen

---

darauf, daß, wenn bestimmt wäre, daß der Beauftragte den Auftrag in Person auszuführen hat (so E. I § 588), das Mißverständniß entstehen könnte, daß er auch keinen Gehülfen zuziehen dürfe (Prot. II S. 354).

[3]) Die Befugniß zur Substitution kann auf dem durch Auslegung zu ermittelnden Willen des Auftraggebers, auf besonderer gesetzlicher Vorschrift (vgl. § 81 CPO.) beruhen oder durch besondere Umstände (vgl. § 665) gerechtfertigt erscheinen. — Wird dem Beauftragten die persönliche Ausführung des Auftrags unmöglich, so ist er, wenn ihm die Substitutionsbefugniß zusteht, in der Regel, besonders in Fällen der Dringlichkeit, auch zur Bestellung eines Substituten verpflichtet.

[4]) Dem Beauftragten liegt die Beweislast dafür ob, daß er diese Sorgfalt angewendet hat. Es entsteht nun die Frage, auf welche Weise der Auftraggeber den Ersatz des ihm durch das Verschulden des Substituten erwachsenen Schadens erlangt, wenn der Beauftragte seinerseits durch den Nachweis, daß er diligentia in eligendo prästiert habe, sich von der Haftung befreit. Es ist zu unterscheiden, ob der Beauftragte den Substituten als Vertreter des Auftraggebers oder im eigenen Namen bestellt hat. Ist ersteres der Fall, so hat der Auftraggeber direkte Ansprüche gegen den Substituten, wie denn überhaupt in diesem Falle ein direktes Auftragsverhältniß zwischen dem Auftraggeber und dem Substituten — unter Ausscheiden des Beauftragten — entsteht. Hat der Beauftragte den Substituten im eigenen Namen bestellt, so erlangt zwar nur er Ansprüche gegen den Substituten, er ist aber nach § 667 verpflichtet, diese Ansprüche dem Auftraggeber abzutreten.

[5]) Vgl. oben § 84 Anm. 40.

[6]) Ebenso Oertmann, Anm. 3b zu § 664 und M. II S. 534. Abweichend Prot. II S. 355, welche annehmen, daß der Beauftragte nach Maßgabe des § 278 hafte, gleichgültig, ob er befugt oder unbefugt einen Gehülfen verwende. (Ebenso Neumann Anm. 3 zu § 664 und Planck Anm. 3 zu § 664.) Vgl. hiergegen oben § 84 S. 325 unter d.

[7]) Sind dem Beauftragten keine Anweisungen ertheilt, so hat er das Geschäft nach seinen eigenen, mit der erforderlichen Sorgfalt zu fassenden Entschließungen zu besorgen. Bei wichtigen und zweifelhaften Fragen ist er verpflichtet, den Auftraggeber um die Ertheilungen von Anweisungen anzugehen.

Schaden für den Auftraggeber erwächst. Auch Anweisungen, welche der Auftraggeber nachträglich ertheilt, muß der Beauftragte in der Regel befolgen, es sei denn, daß sie so beschaffen sind, daß sie den Auftrag zu einem anderen machen, als ihn der Beauftragte übernommen hat. — Eine Abweichung von den ihm ertheilten Anweisungen ist ihm nur gestattet, wenn eine solche Aenderung der Verhältnisse[8]) eingetreten ist, daß er annehmen darf, der Auftraggeber werde bei Kenntniß der Sachlage die Abweichung gestatten. Aber auch in diesem Falle muß er, wenn nicht mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist[9]), vorher dem Auftraggeber die beabsichtigte Abweichung anzeigen und seine Entschließung abwarten[10]). — Unter besonderen Umständen kann die Befolgung der Anweisungen sich als pflichtwidrig darstellen und der Beauftragte daher zu einer Abweichung verpflichtet sein. Dies wird dann der Fall sein, wenn der Beauftragte erkennen mußte, daß die Befolgung der Anweisung dem Auftraggeber Schaden bringen muß und daß dieser daher die Anweisung, wenn er die wahre Sachlage gekannt hätte, nicht ertheilt haben würde.

§ 666. 8. Der Beauftragte ist verpflichtet, dem Auftraggeber *unaufgefordert* die erforderlichen Nachrichten zu geben. Ob und wann eine Nachricht erforderlich ist, hat er mit pflichtgemäßer Sorgfalt zu prüfen. Insbesondere muß er dem Auftraggeber Mittheilung machen, wenn er das Geschäft ausgeführt hat[11]), wenn der Ausführung sich besondere Hindernisse entgegenstellen, wenn er von der ihm ertheilten Anweisung abgewichen ist und nicht *vor* der Abweichung Anzeige erstattet hat, weil mit dem Aufschube Gefahr verbunden war. — Der Beauftragte ist ferner verpflichtet, auch noch vor Beendigung des Auftrags dem Auftraggeber auf dessen Verlangen Auskunft über den Stand des Geschäfts zu ertheilen; es ist für den Auftraggeber häufig von Wichtigkeit, zu erfahren, was der Beauftragte zur Ausführung des Geschäfts gethan hat, um erforderlichen Falls selbst eingreifen oder dem Beauftragten Anweisungen über die Weiterführung des Geschäfts ertheilen zu können. Nach erfolgter Ausführung des Geschäfts hat der Beauftragte dem Auftraggeber Rechenschaft abzulegen[12]).

§ 667. 9. Der Beauftragte hat das Geschäft *für den Auftraggeber* zu besorgen, er hat lediglich dessen Interesse wahrzunehmen. Er muß daher dem Auftraggeber nicht nur alles[13]) das herauszugeben, was er zu dem Zwecke der Ausführung des Auftrags erhalten hat, sondern auch alles das, was er *aus*

---

[8]) In der Regel wird der Auftraggeber durch eine Aenderung der bei der Ertheilung des Auftrags vorliegenden Verhältnisse zu der Abweichung veranlaßt werden (Planck Anm. 3 zu § 665, Oertmann Anm. 2 zu § 665). Nothwendig ist dies jedoch nicht, wie denn auch dieses Erforderniß im Gesetze nicht zum Ausdrucke gebracht ist. Es kann der Fall sehr wohl auch so liegen, daß der Beauftragte bei der Ausführung des Auftrags Umstände in Erfahrung bringt, die zwar schon bei der Ertheilung des Auftrags vorlagen, dem Auftraggeber aber nicht bekannt waren.

[9]) Die Beweislast hierfür trifft den Bauftragten.

[10]) Der Sinn dieser Vorschrift kann nur der sein, daß er eine angemessene Zeit, innerhalb deren eine Antwort eingehen kann, abwarten muß. Denn wenn er immer warten müßte, bis eine positive Entschließung eingeht, und er ohne eine solche von den Weisungen nicht abweichen dürfte, so wäre die dem Beauftragten durch § 665 Satz 1 gegebene Befugniß — abgesehen von dem Falle der Gefahr — inhaltlos. Geht eine Entschließung des Auftraggebers ein, so hat der Beauftragte diese unter allen Umständen zu befolgen. Geht innerhalb angemessener Frist keine ein, so tritt das eigene Entscheidungsrecht des Beauftragten in Gemäßheit des § 665 Satz 1 ein.

[11]) So ausdrücklich § 384 Abs. 2 HGB.

[12]) Ueber den Inhalt dieser Verpflichtung vgl. oben § 77.

[13]) Auch Zuwachs, Zubehör und gezogene Nutzungen muß er mit herausgeben. M. II S. 539.

der Ausführung[14]) des Auftrags erlangt. Hat er in Ausführung des Auftrags mit einem Dritten ein Geschäft im eigenen Namen geschlossen, so hat er auch die Ansprüche gegen den Dritten dem Auftraggeber abzutreten. Von selbst gehen die Forderungen auf den Auftraggeber nicht über[15]).

10. Erfüllt der Beauftragte seine Herausgabepflicht nicht, so hat er dem Auftraggeber den ihm erwachsenen Schaden zu ersetzen. Um dem Auftraggeber den Beweis des Schadens zu ersparen, ist dem Beauftragten für den Fall, daß er Geld, welches er dem Auftraggeber herauszugeben oder für ihn zu verwenden hat, im eigenen Nutzen verwendet, die Verpflichtung auferlegt, das Geld von der Zeit der Verwendung an zu verzinsen[16]) (mit 4%). Ein Verschulden des Beauftragten wird hierbei nicht erfordert; die Verzinsungspflicht besteht auch, wenn die Verwendung des Geldes in gutem Glauben erfolgte. — Auf den Fall, daß der Beauftragte die Herausgabe des Geldes verzögert oder mit der Einziehung der Gelder säumig ist, ist die Vorschrift nicht auszudehnen. Der Auftraggeber kann in solchen Fällen nur den Ersatz des von ihm nachzuweisenden Schadens verlangen. § 668.

§ 184. Die Verpflichtungen des Auftraggebers.

1. Der Beauftragte kann von dem Auftraggeber den Ersatz seiner Aufwendungen[1]) verlangen. Voraussetzung des Anspruchs ist, daß die Aufwendungen thatsächlich zum Zwecke der Ausführung des Auftrags gemacht sind und daß der Auftraggeber zu der Zeit, als er die Aufwendungen machte, nach seinem pflichtmäßigen Ermessen die Aufwendungen für erforderlich halten durfte. Nicht erforderlich ist es, daß die Aufwendungen objektiv nothwendig waren. Ebenso ist die Nützlichkeit der Aufwendung für den Erstattungsanspruch unerheblich; der Anspruch steht dem Beauftragten zu, auch wenn es ihm nicht gelungen ist, das Geschäft zur Ausführung zu bringen.[2]) § 670.

2. Der Beauftragte braucht jedoch keine Auslagen für den Auftraggeber zu machen, dieser hat ihm vielmehr auf sein Verlangen für die erforderlichen Aufwendungen Vorschuß zu leisten.[3]) Sind Aufwendungen erforderlich, so muß der § 669.

---

[14]) Den Gegensatz hierzu bildet dasjenige, was er blos bei Gelegenheit des Auftrags (vgl. ALR. I 13 § 64) erlangt hat.

[15]) Eine dem § 392 Abs. 2 HGB. entsprechende Vorschrift hat das BGB. nicht. Auch im Verhältnisse zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten oder dessen Gläubigern gelten die Forderungen, so lange sie nicht abgetreten sind, als Forderungen des Beauftragten. Ueber die Frage, in welcher Weise der Auftraggeber das Eigenthum an Sachen erlangt, welche der Beauftragte zwar in Ausführung des Auftrags, aber im eigenen Namen erworben hat, vgl. oben § 50 Anm. 5 und Prot. II S. 360—365.

[16]) Es ist dem Auftraggeber natürlich unbenommen, seinen höheren Schaden nachzuweisen und ersetzt zu verlangen.

[1]) Ueber die Verpflichtung des Auftraggebers, die Aufwendungen zu verzinsen und den Beauftragten von Verbindlichkeiten zu befreien (§§ 256, 257) vgl. oben § 76. Die Frage, ob die eigene Thätigkeit des Beauftragten als erstattungsfähige Aufwendung angesehen werden kann, ist bei der Unentgeltlichkeit des Auftrags in der Regel zu verneinen. Eine andere Beurtheilung kann nur dann eintreten, wenn das, was der Beauftragte innerhalb seines Berufs oder Gewerbes gethan hat, nicht zu derjenigen Thätigkeit gehört, die er unentgeltlich zu leisten übernommen hat. Vgl. Neumann Anm. 7 zu § 670, Dernburg II § 297 Anm. 3.

[2]) Der gesetzlichen Vorschrift geht die Bestimmung des Auftraggebers vor. Hat dieser den Betrag der Aufwendungen limitiert, so liegt hierin eine Anweisung, von welcher der Beauftragte nur nach Maßgabe des § 665 abweichen darf.

[3]) Es ist bestritten, ob dem Beauftragten ein klagbarer Anspruch auf Leistung des Vorschusses zusteht. Die Motive (II S. 540) verneinen diese Frage mit Rücksicht auf die Natur des Mandats, insbesondere dessen Widerruflichkeit; bejaht wird die Frage von Planck

Beauftragte, wenn er nicht seinerseits in Vorschuß gehen will, den Auftraggeber benachrichtigen und von ihm Vorschuß verlangen.

3. Für einen Schaden, den der Beauftragte bei Ausführung des Auftrags erleidet, haftet der Auftraggeber nur, wenn ihn ein Verschulden trifft[4]) oder wenn er bei Ertheilung des Auftrags die Haftung — sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend — übernommen hat.

§ 185. Die Beendigung des Auftrags.

§ 671.

1. Aus der Natur des Auftrags als eines auf dem persönlichen Vertrauen des Auftraggebers beruhenden Rechtsverhältnisses folgt, daß der Auftraggeber den Auftrag jederzeit widerrufen kann. Der Widerruf ist ein empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft[1]); er beendet den Auftrag für die Zukunft[2]). Auch unter einer

(Anm. 1 zu § 669), Oertmann (Anm. 2 zu § 669), Dernburg (II § 297 unter II). Man wird der Ansicht der Motive zustimmen müssen. Die Leistung des Vorschusses soll dem Beauftragten die Ausführung des Auftrags ermöglichen. Der Auftrag begründet aber für den Beauftragten nur die Verpflichtung, nicht das Recht, das aufgetragene Geschäft zu besorgen (§ 662). Wäre der Beauftragte berechtigt, den Auftraggeber zur Leistung des Vorschusses durch Klage und Zwangsvollstreckung zu zwingen, so liefe dies im Resultate darauf hinaus, dem Beauftragten ein Recht auf Ausführung des Auftrags auch gegen den Willen des Auftraggebers zu geben. Dies widerspräche, wie die Motive mit Recht bemerken, der Natur des Mandats. Wenn der Auftraggeber den verlangten Vorschuß nicht leistet und dadurch die Ausführung des Auftrags hindert, so hat dies nur die Folge, daß er in Annahmeverzug kommt, ebenso wie in dem Falle, daß er dem Beauftragten die erforderlichen Anweisungen nicht ertheilt oder seine sonst erforderliche Mitwirkung zur Ausführung des Auftrags verweigert. Ueber die Anwendung des § 669 bei Dienst- und Werkverträgen vgl. unten § 186 Anm. 6.

[4]) Vgl. Prot. II S. 367 ff., Planck Anm. 3 zu § 670. Ein Verschulden des Auftraggebers liegt insbesondere dann vor, wenn ihm bekannt ist oder bekannt sein muß, daß mit der Ausführung des Auftrags Gefahren verbunden sind, und er es unterläßt, den Beauftragten auf diese Gefahren aufmerksam zu machen. — Nach § 110 HGB. kann ein Gesellschafter den Ersatz des Verlustes verlangen, den er unmittelbar durch seine Geschäftsführung oder aus Gefahren, die mit ihr untrennbar verbunden sind, erleidet. (Vgl. auch ALR. § 81, I 13.) Eine entsprechende Vorschrift hat das BGB. nicht. Anträge auf Aufnahme einer solchen Bestimmung sind wiederholt abgelehnt worden. (Prot. II S. 367 ff., VI S. 190) A. M. Oertmann Anm. 3 zu § 670, Dernburg II § 297 unter III.

[1]) Das preußische Recht (ALR. I 13 § 215) bestimmt, daß mehrere Auftraggeber gemeinschaftlich widerrufen müssen. Dieser Ansicht sind auch für das BGB. Dernburg (II § 208 Anm. 2) und Oertmann (Anm. 2c zu § 671). Die Richtigkeit dieser Ansicht unterliegt aber erheblichen Zweifeln. Der gegentheilige von den Motiven (II S. 544) eingenommene Standpunkt muß als der zutreffende erachtet werden. Geht man davon aus, daß die Widerruflichkeit in der rechtlichen Natur des Auftrags begründet ist, daß es gegen die guten Sitten verstößt, Jemanden an ein auf Vertrauen gegründetes Verhältniß zu binden, obwohl das Vertrauen geschwunden ist, so wird man annehmen müssen, daß der Widerruf durch einen Auftraggeber den Auftrag für ihn beendigt, d. h. daß der Beauftragte das Geschäft für ihn nicht mehr ausführen kann. Ob der Auftraggeber durch den Widerruf die ihm den anderen Auftraggebern gegenüber obliegenden Verpflichtungen verletzt hat und welche Folgen diesen gegenüber für ihn eintreten, ist nach dem zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisse zu entscheiden. Die Entscheidung der Frage, ob der Beauftragte, dem gegenüber ein Auftraggeber widerrufen hat, das Geschäft für die anderen besorgen müsse, hängt von den Umständen des einzelnen Falles, insbesondere davon ab, ob der ertheilte Auftrag dahin auszulegen ist, daß gegebenen Falles das Geschäft für diejenigen Auftraggeber ausgeführt werden solle, die nicht widerrufen haben. Vgl. Neumann Anm. 2 zu § 671. — Sind mehrere Beauftragte vorhanden, so erlischt durch Widerruf gegenüber einem der diesem ertheilte Auftrag. Dieses Erlöschen kann für die anderen Beauftragten ein wichtiger Grund zur Kündigung sein, selbst wenn sie auf das Kündigungsrecht verzichtet haben (§ 671 Abs. 3).

[2]) Widerruf ist gleichbedeutend mit Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist. Der Ausdruck ist nur „im Hinblick auf die in der Wissenschaft und Gesetzgebung hergebrachte Ausdrucksweise“ gewählt worden. M. II S. 544.

aufschiebenden Bedingung kann der Auftrag widerrufen werden; die Beendigung des Auftrags erfolgt dann mit dem Eintritte der Bedingung (§ 158 Abs. 1). Auf das Recht, den Auftrag zu widerrufen, kann der Auftraggeber nicht verzichten[3]).

2. Auch der Beauftragte kann den Auftrag jederzeit kündigen[4]). Die Kündigung darf jedoch nicht zur Unzeit erfolgen, es sei denn, daß für die unzeitige Kündigung ein wichtiger Grund vorliegt. Ist dies nicht der Fall, so hat der Beauftragte dem Auftraggeber den aus der unzeitigen Kündigung entstehenden Schaden zu ersetzen[5]). Der Beauftragte kann auf das Recht der Kündigung wirksam verzichten[6]). Ein solcher Verzicht hat die Wirkung, daß eine trotzdem erfolgte Kündigung den Auftrag nicht beendet, daß der Beauftragte zur Ausführung des Auftrags verpflichtet bleibt. Nur beim Vorliegen eines wichtigen Grundes ist der Beauftragte trotz des Verzichts zur Kündigung berechtigt[7]).

3. Stirbt der Auftraggeber oder wird er geschäftsunfähig[8]), so wird dadurch in der Regel das Erlöschen des Auftrags nicht herbeigeführt[9]). Der Auftrag besteht vielmehr so lange fort, bis der Erbe oder der gesetzliche Vertreter des Auftraggebers ihn widerruft. Tritt ausnahmsweise nach dem Willen der Parteien ein Erlöschen des Auftrags ein, so muß der Beauftragte dennoch, wenn Gefahr im Verzug ist, das Geschäft so lange weiter besorgen[10]), bis der Erbe oder der gesetzliche Vertreter anderweit Fürsorge treffen kann[11]). Der Beauftragte handelt

§ 672.

---

[3]) So ausdrücklich E. I § 597 Abs. 2. Vgl. Prot. II S. 370 und oben § 53 unter 3 und 4 (S. 213).

[4]) Sind mehrere Auftraggeber vorhanden, so muß die Kündigung des Auftrags an alle erfolgen. Von mehreren Beauftragten kann jeder für sich kündigen. Die Kündigung des Einen kann auch für die Anderen ein wichtiger Grund zur Kündigung im Sinne des § 671 Abs. 3 sein.

[5]) Die Vorschrift des § 671 Abs. 2 stimmt mit der des § 627 Abs. 2 überein. Vgl. hierüber oben § 171 (S. 629) unter 3.

[6]) Der Verzicht kann auch stillschweigend vereinbart werden. Verpflichtet sich der Beauftragte, die Geschäfte des Auftraggebers während einer bestimmten Zeit, z. B. während einer Reise des Auftraggebers, zu besorgen, so wird hierin regelmäßig der Verzicht auf das Kündigungsrecht liegen.

[7]) Auch diese Kündigung darf nicht unzeitig erfolgen. Ein wichtiger Grund für die Kündigung ist nicht immer auch ein wichtiger Grund für die unzeitige Kündigung. — Ob der wichtige Grund in der Person des Auftraggebers oder in der Person des Beauftragten oder in einem anderen Umstande liegt, ist unerheblich.

[8]) Daß der Eintritt der beschränkten Geschäftsfähigkeit den Auftrag erst recht nicht beendet, ist klar.

[9]) Auf den Fall, daß eine juristische Person einen Auftrag ertheilt hat und ihre Rechtsfähigkeit verliert, ist der § 672 nicht anzuwenden. (Vgl. M. II S. 548). Ob der Auftrag erlischt oder fortbesteht, ist in jedem einzelnen Falle quaestio facti. Liegen nicht besondere Gründe für die Annahme des Fortbestehens vor, so wird man den Auftrag als erloschen ansehen müssen. Vgl. Planck Anm. 3 zu § 672. A. M. Dernburg II § 298 unter I, 3.

[10]) Zweifelhaft erscheint, ob der Beauftragte nur ein bereits begonnenes Geschäft fortsetzen oder unter den Voraussetzungen des § 672 Satz 2 auch mit der Ausführung eines übertragenen Geschäfts beginnen muß. Die Fassung des Gesetzes spricht für die erstere Annahme (auch im preuß. Rechte war dem Beauftragten nur diese beschränktere Verpflichtung auferlegt, vgl. ALR. I 13 §§ 187, 188). Trotzdem erscheint die entgegengesetzte Ansicht als die richtige. Gerade das Nichtinangriffnehmen eines Geschäfts kann dem Erben den größten Nachtheil bringen. Die Motive (II S. 548) bemerken ausdrücklich, daß die Fürsorgepflicht nicht auf die Fälle zu beschränken ist, in denen die Ausführung des Auftrags schon begonnen hat. Dies war im E. I § 599 Abs. 2 zum Ausdrucke gebracht. Gegen diese Bestimmung war in der zweiten Kommission ein sachlicher Widerspruch nicht erhoben worden. (Prot. II S. 373.) Es ist also mit der abweichenden Fassung eine Aenderung des ersten Entwurfes nicht beabsichtigt worden.

[11]) Wird die anderweite Fürsorge nicht rechtzeitig getroffen, so braucht der Beauftragte selbst unaufschiebbare Geschäfte nicht zu besorgen.

in diesem Falle nicht als Geschäftsführer ohne Auftrag, vielmehr wird in seinem Interesse der Auftrag insoweit als fortbestehend fingiert[12]).

§ 673. 4. Da der Auftrag auf dem Vertrauen des Auftraggebers zu der Person des Beauftragten beruht, so hat dessen Tod die Beendigung des Auftrags zur Folge[13]), es sei denn, daß der Wille der Vertragschließenden erkennbar dahin ging, daß der Auftrag auf den Erben des Beauftragten übergehen soll[14]). Aber auch wenn der Auftrag erloschen ist, ist der Erbe dennoch verpflichtet, wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist, das Geschäft so lange fortzusetzen, bis der Auftraggeber anderweit Fürsorge treffen kann[15]). Von dem Tode des Beauftragten muß er dem Auftraggeber unverzüglich Anzeige machen[16]). Die schuldhafte Verletzung dieser Anzeigepflicht macht ihn dem Auftraggeber gegenüber schadensersatzpflichtig.

5. Der Konkurs des Auftraggebers hat das Erlöschen des Auftrags zur Folge, es sei denn, daß der Auftrag sich nicht auf das zur Konkursmasse gehörige Vermögen bezieht. Dem Beauftragten liegt die im § 672 Satz 2 bestimmte Pflicht zur ferneren Geschäftsbesorgung ob (§ 23 KO.)[17]). Der Konkurs des Beauftragten beendet in der Regel den ihm ertheilten Auftrag nicht. Er besteht so lange fort, bis der Auftraggeber ihn widerruft[18]).

§ 674. 6. Zu diesen in den §§ 671—673 und § 23 KO. besonders behandelten Erlöschungsgründen treten die allgemeinen Beendigungsgründe hinzu. So erlischt ein Auftrag, der unter einer auflösenden Bedingung ertheilt ist, mit dem Eintritte der Bedingung, ein zeitlich begrenzter mit dem Ablaufe der Zeit. Ist der Auftrag erloschen, so gilt er zu Gunsten des Beauftragten[19]) dennoch noch so lange als fortbestehend, bis der Beauftragte das Erlöschen kennt oder kennen muß. Die Thätigkeit, welche er in entschuldbarer Unkenntniß davon, daß der

---

[12]) Dies hat, wenn mit dem Auftrag eine Vollmacht verbunden ist, die Wirkung, daß auch diese fortbesteht. Vgl. oben § 53 Anm. 4.

[13]) Daß die bereits begründeten Pflichten — Rechenschaftsablegung (§ 666), Herausgabe des Erhaltenen (§ 667), Schadensersatz wegen Verletzung der dem Erblasser obliegenden Verpflichtungen — und Rechte — Erstattung von Aufwendungen, Schadensersatz (s. oben § 185) — auf den Erben übergehen, versteht sich von selbst.

[14]) Im Gegensatze zum § 672 ist der Fall, daß der Beauftragte geschäftsunfähig wird, im Gesetze nicht behandelt. Aus der Natur des Auftrags folgt, daß die Grundsätze des § 673 auch auf diesen Fall anzuwenden sind. In der Regel erlischt der Auftrag und dem gesetzlichen Vertreter liegen die im § 673 Satz 2 bezeichneten Pflichten ob. Sollte ausnahmsweise der Auftrag als fortbestehend anzusehen sein, so wird doch die Geschäftsunfähigkeit des Beauftragten für seinen gesetzlichen Vertreter ein wichtiger Grund zur Kündigung in Gemäßheit des § 671 Abs. 3 sein. Ob die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit des Beauftragten das Erlöschen des Auftrags zur Folge hat, ist nach der Lage des einzelnen Falles zu beurtheilen (vgl. oben § 53 Anm. 3), wobei auch der Grund, welcher die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit herbeigeführt hat, von maßgebender Bedeutung sein wird.

[15]) Auch hier wird, insoweit diese Verpflichtung des Erben besteht, der Auftrag als fortbestehend fingiert. Vgl. oben Anm. 12.

[16]) Aus dem Umstande, daß das Gesetz die Anzeigepflicht nur für den Fall des Erlöschens des Auftrags vorschreibt, darf nicht gefolgert werden, daß diese Verpflichtung im Falle des Bestehenbleibens des Auftrags nicht besteht. Im letzteren Falle gehen alle Pflichten auf den Erben über und er ist daher als Beauftragter zur Anzeige nach § 666 verpflichtet.

[17]) Wegen der Ansprüche, die ihm aus dieser fortgesetzten Geschäftsbesorgung zustehen, ist er Massegläubiger (§ 27 KO.).

[18]) Vgl. M. II S. 551, Jäger KO. Anm. 13 zu § 23.

[19]) Nicht auch zu seinem Nachtheile. Hat er nach dem Erlöschen des Auftrags, wenn auch ohne Kenntniß von dem Erlöschen, etwa aus Nachlässigkeit, die Geschäftsbesorgung unterlassen, so kann er hierfür nicht in Anspruch genommen werden. Vgl. Neumann Anm. 3a zu § 674.

Auftrag bereits erloschen sei, zur Ausführung des Geschäfts ausgeübt hat, hat er nicht als Geschäftsführer ohne Auftrag, sondern kraft gesetzlicher Fiktion als Beauftragter vorgenommen, was insbesondere für seinen Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen von Bedeutung ist[20]). Diese Vorschrift gilt jedoch nicht für den Fall des Widerrufs. Der Widerruf als eine empfangsbedürftige Willenserklärung beendigt den Auftrag, wenn er dem Beauftragten zugeht, ohne daß es darauf ankommt, daß der Beauftragte wirklich Kenntniß von dem Widerruf erlangt[21]).

§ 186. Die entgeltliche Geschäftsbesorgung.

§ 675.

I. Der erste Entwurf des BGB. hatte, im Gegensatze zu der Theorie des gemeinen Rechtes, die Unentgeltlichkeit nicht zum wesentlichen Begriffsmerkmale des Auftrags gemacht. Er ging von der Ansicht aus, daß es den Anschauungen und den Verkehrsverhältnissen der Gegenwart nicht entspreche, in der Unentgeltlichkeit das charakteristische Merkmal des Auftragsvertrags zu finden. Die Bestimmungen des ersten Entwurfes, welche im Wesentlichen mit denen des BGB. übereinstimmen, waren daher unterschiedslos sowohl für den Fall gegeben, daß die Geschäftsbesorgung unentgeltlich erfolgte, als für den Fall, daß ein Entgelt vereinbart war[1]). Wenn, im Gegensatze hierzu, die zweite Kommission als Gegenstand des Auftrags ausschließlich die unentgeltliche Geschäftsbesorgung bezeichnete, so geschah dies lediglich aus dem Grunde, durch das „äußerliche, greifbare Moment“ der Unentgeltlichkeit eine scharfe Grenze zwischen dem Auftrag einerseits und dem Werk- und Dienstvertrag andererseits zu gewinnen[2]). Man verschloß sich aber nicht der Erkenntniß, daß eine innere Verschiedenheit zwischen der unentgeltlichen und der entgeltlichen Geschäftsbesorgung nicht bestehe. Das Gesetz schreibt daher für eine Anzahl derjenigen Rechtssätze, welche für den Auftrag gegeben sind, die entsprechende Anwendung auf einen Dienstvertrag oder einen Werkvertrag vor, welcher eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat[3]). Und

[20]) Hat im Falle des Konkurses des Auftraggebers der Beauftragte in Gemäßheit des § 674 die Geschäftsbesorgung fortgesetzt (§ 23 KO.), so ist er in Ansehung seiner Ersatzansprüche Konkursgläubiger (§ 27 KO.). — Ueber den Einfluß des § 674 auf das Fortbestehen der Vollmacht s. oben § 53 unter 1a (S. 212).

[21]) Dagegen gilt der § 674 für den Fall der Kündigung des Auftrags durch den Beauftragten. Der Auftrag gilt als fortbestehend, bis der Beauftragte weiß oder wissen muß, daß die Kündigung dem Auftraggeber zugegangen ist. Vgl. Oertmann Anm. 1 zu § 674.

[1]) Vgl. E. I § 586, M. II S. 527, 528.

[2]) Vgl. Prot. II S. 352.

[3]) Die Frage, wann ein Dienst- oder ein Werkvertrag eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, ist außerordentlich zweifelhaft und bestritten. Daß das Gesetz einen Unterschied zwischen Dienst- und Werkverträgen, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben, und anderen Dienst- und Werkverträgen gemacht wissen will, ergiebt sich klar aus der Fassung des § 675. Auch aus der Begriffsbestimmung des Dienstvertrags (§ 611), im Gegensatze zu der des Auftrags (§ 662), nämlich daraus, daß die Verschiedenheit beider Verträge nicht nur in der Entgeltlichkeit, sondern auch darin besteht, daß der eine die Leistung von Diensten, der andere eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, erhellt, daß nach der Absicht des Gesetzes nicht beides identisch sein kann. Vgl. auch § 196 Nr. 7 und § 23 KO. und Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag S. 71 ff. Die Verschiedenheit aber, wie Staub (Anm. 2 ff. zu § 362 HGB.) will, darin zu finden, daß aus dem Begriffe der Geschäftsbesorgung die rein thatsächlichen Geschäfte auszuschließen seien, daß somit unter die Geschäftsbesorgung nur die Besorgung von Rechtsgeschäften falle, erscheint gänzlich unzulässig. Es widerspricht diese Ansicht nicht nur der Entstehungsgeschichte (vgl. M. II S. 527), sondern auch dem feststehenden Sprachgebrauche des Gesetzes (vgl. insbesondere §§ 677 ff., 709). Vgl. ferner Planck Anm. 2 zu § 675, Neumann Anm. 2 zu § 675, Oertmann Anm. 1b zu § 675. — Zu einer befriedigenden Auslegung des

da sowohl im Handelsverkehre wie im bürgerlichen Verkehre die entgeltliche Geschäftsbesorgung bei weitem häufiger ist als die unentgeltliche, so haben diese Vorschriften gerade für die erstere ihre eigentliche praktische Bedeutung.

II. Die einzelnen für den Auftrag gegebenen Vorschriften beruhen im Wesentlichen auf den beiden Gesichtspunkten, daß es sich um die Besorgung eines Geschäfts für einen Anderen handelt und daß diese Geschäftsbesorgung aus besonderem Vertrauen übertragen worden ist. Diese beiden Gesichtspunkte sind auch für die entgeltliche Geschäftsbesorgung maßgebend. Daher gelten für letztere, neben den Vorschriften für den Dienst- oder Werkvertrag, im Wesentlichen alle Vorschriften, welche für den unentgeltlichen Auftrag gegeben sind.

1. Wer auf Grund der Vorschrift des § 663 verpflichtet ist, die Ablehnung eines ihm ertheilten Auftrags unverzüglich anzuzeigen, hat dieselbe Verpflichtung, wenn ihm ein Antrag zu einer entgeltlichen Geschäftsbesorgung gemacht wird.[4])

2. Wer eine entgeltliche Geschäftsbesorgung übernimmt, hat wie der Beauftragte den Weisungen des Geschäftsherrn zu folgen (§ 665), die erforderlichen Nachrichten und Auskünfte zu ertheilen (§ 666), allen Vortheil aus der Geschäftsbesorgung herauszugeben (§ 667) und Gelder, die er vertragswidrig für sich verwendet, zu verzinsen (§ 668). Dagegen steht auch ihm, wie dem Beauftragten, der Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen (§ 670) und auf Vorschußleistung (§ 669) zu. Bei der entgeltlichen Geschäftsbesorgung wird allerdings in jedem einzelnen Falle zu untersuchen sein, inwieweit durch die vereinbarte Vergütung auch zugleich die Aufwendungen abgegolten sein sollen,[5]) so daß insoweit der

---

§ 675 gelangt man, wenn man sich vergegenwärtigt, wie diese Vorschrift entstanden ist: Der Gesetzgeber hat zum Kriterium des Auftrags die Unentgeltlichkeit gemacht. Somit giebt es de jure keinen entgeltlichen Auftrag. Aber thatsächlich ließ sich dieser nicht beseitigen; es giebt nach wie vor zahlreiche entgeltliche Aufträge, man darf sie nur nicht so nennen, man muß sie vielmehr als Dienst- oder Werkverträge bezeichnen. Von dieser Erkenntniß ausgehend, waren „die Fälle, in welchen thatsächlich ein solcher (nämlich ein entgeltlicher Auftrag) vorliegt, . . . einigen der für den Auftrag beschlossenen Rechtssätze zu unterwerfen" (Prot. II S. 376, 377). Hieraus ergiebt sich, daß der § 675 für alle diejenigen Dienst- und Werkverträge gegeben ist, welche, wenn das Moment der Entgeltlichkeit fehlte, sich als eigentliche Aufträge darstellen würden. Dies ist die zweifellose Absicht des Gesetzes. Dies meint offenbar auch Dernburg (II § 293 unter IV), wenn er den § 675 dahin auslegt, daß er sich auf diejenigen Geschäfte bezieht, welche man gemeinrechtlich dem Mandat unterstellte. (Ebenso Endemann I § 172 Anm. 22. „Geschäftsbesorgung ist jede Thätigkeit, die den normalen Inhalt eines Auftrags bilden kann.") Aus dieser Erwägung wird sich für zahlreiche Zweifelsfälle die richtige Lösung finden lassen. Ein eigentlicher Auftrag liegt vor, wenn man ein Geschäft, das man selbst nicht vornehmen kann oder will, durch einen Anderen besorgen läßt, zu dem man das Vertrauen hat, daß er das Geschäft im Interesse des Geschäftsherrn so ausführen wird, als sei es sein eigenes. Es ergiebt sich hieraus, daß rein mechanische Dienstleistungen nicht unter § 675 subsumiert werden können. Dies meinen wohl auch die Prot., wenn sie den Begriff der Geschäftsbesorgung dahin definieren, daß es sich in der Regel um die Entfaltung einer solchen Thätigkeit handeln wird, die innerhalb des Rechtsbereichs des Geschäftsherrn vorzunehmen sei. (Prot. II S. 377.) Damit ist gesagt, daß bei der Geschäftsbesorgung regelmäßig ein Geschäft in Frage steht, um das ich mich normaler Weise selbst zu kümmern habe, das mein Geschäft, meine Obliegenheit ist, das ich aber für mich durch einen Anderen besorgen lasse. Meine Stiefel putzen, meine Wäsche reinigen, meine Anzüge ausbessern u. s. w., ist nicht „mein" Geschäft. Für die Praxis ergiebt sich aus diesen Erwägungen, daß man nicht durch eine zu weite Ausdehnung des Begriffs Geschäftsbesorgung die im § 675 zitierten Vorschriften gewaltsam auf Verhältnisse ausdehnen darf, für welche sie nicht berechnet und ihrer Natur nach nicht geeignet sind.

[4]) Vgl. oben § 182 unter 3.

[5]) Vgl. § 652 Abs. 2.

besondere Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen und damit das Verlangen nach Vorschuß entfällt.[6])

3. Nicht zur Anwendung gelangen die Vorschriften des § 664. Stellt sich die entgeltliche Geschäftsbesorgung als ein Dienstvertrag dar, so gelten in dieser Beziehung die Vorschriften des § 613.[7]) Eine wesentliche Verschiedenheit zwischen der unentgeltlichen und der entgeltlichen Geschäftsbesorgung ergiebt sich somit daraus, daß im § 613 die im § 664 Absatz 1 Satz 2 gegebene besondere Vorschrift nicht enthalten ist: auch wenn dem Dienstverpflichteten gestattet ist, die Ausführung des Auftrags einem Dritten zu übertragen, so haftet er dennoch nicht nur für ein Verschulden bei der Uebertragung, er hat vielmehr ein Verschulden des Dritten in gleichem Umfange zu vertreten, wie eigenes Verschulden[8]). Dasselbe gilt für den Werkvertrag[9]).

4. Der Einfluß des Todes oder des Eintritts der Geschäftsunfähigkeit einer Partei auf das Fortbestehen des Vertragsverhältnisses (§§ 672, 673)[10]) ist derselbe wie beim Auftrage[11]).

5. Nicht zur Anwendung kommt die Vorschrift des § 671 Abs. 1. Die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Geschäftsherr oder der Verpflichtete berechtigt ist, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen, ist nach den für den Dienstvertrag oder den Werkvertrag gegebenen Vorschriften zu beurtheilen[12]). Steht nach diesen Vorschriften dieses Recht dem Geschäftsbesorger zu, so darf er dennoch nicht zur Unzeit kündigen[13]).

[6]) Auch in den Fällen, wo der Verpflichtete seine Aufwendungen besonders ersetzt und demgemäß Vorschuß verlangen kann, wird man, wie beim Auftrage (s. oben § 184 Anm. 3), annehmen müssen, daß ihm ein klagbarer Anspruch auf Leistung des Vorschusses nicht zusteht. Der Dienstvertrag verpflichtet den Dienstpflichtigen zur Leistung der Dienste, giebt ihm aber regelmäßig keinen klagbaren Anspruch gegen den Dienstberechtigten auf Annahme der Dienste (vgl. oben § 170 unter 2 S. 618). Hat der Dienstberechtigte bei der Leistung der Dienste in irgend einer Weise mitzuwirken, so kann gegen ihn auf Erfüllung dieser Verpflichtung nicht geklagt werden, die Nichterfüllung dieser Verpflichtung begründet vielmehr nur seinen Gläubigerverzug. (s. insbes. § 615). Dies gilt auch für seine Verpflichtung zur Vorschußleistung. Das Gegentheil ist nur dann anzunehmen, wenn ausnahmsweise auf Grund besonderer Abrede für den Dienstberechtigten die Verpflichtung zur Annahme der Dienste besteht. (Vgl. oben § 168 Anm. 3.) Dasselbe gilt für den Werkvertrag. Vgl. oben § 173 unter I, 4 (S. 639). — Zu bemerken ist noch, daß es sich nur um Vorschuß für die Aufwendungen handelt. Ein Vorschuß auf die Vergütung kann regelmäßig nicht gefordert werden, (§§ 614, 641), s. oben § 170 unter 1 (S. 617) und oben § 173 unter II, 3 (S. 640), es sei denn, daß etwas Anderes vereinbart oder vorgeschrieben ist, wie im § 84 Geb.Ord. für Rechtsanw. und § 23 Geb.Ord. für Notare.

[7]) Vgl. oben § 169 (S. 616). Satz 1 und Satz 2 des § 613 stimmen mit Abs. 1 Satz 1 und mit Abs. 2 des § 664 überein. Vgl. oben § 183 Anm. 2.

[8]) Vgl. oben § 169 unter 2 zum Schlusse (S. 617). Z. B. muß ein Rechtsanwalt, welcher einen andern Anwalt für die Wahrnehmung eines Termins substituiert, falls der Substitut schuldhaft den Termin versäumt, hierfür haften.

[9]) Vgl. oben § 173 unter I, 1 (S. 637.)

[10]) Ueber den Einfluß des Konkurses des Geschäftsherrn vgl. §§ 23, 27 KO. Dagegen hebt auch bei der entgeltlichen Geschäftsbesorgung der Konkurs des Dienstpflichtigen und des Unternehmers den Vertrag nicht von selbst auf, wohl aber ist der andere Theil nach den §§ 626, 649 zur Kündigung berechtigt.

[11]) Auch die Vorschrift des § 674 gilt für die entgeltliche Geschäftsbesorgung. Vgl. hierzu oben § 185 unter 6.

[12]) Ist die entgeltliche Geschäftsbesorgung ein Dienstvertrag, so kommen in dieser Beziehung die Vorschriften der §§ 623, 626, 627, ist er ein Werkvertrag, die Vorschriften der §§ 643, 649 zur Anwendung. Es ergiebt sich hieraus, daß beim Dienstvertrage, da meist der Fall des § 627 vorliegen wird, beiden Theilen das dem § 671 Abs. 1 entsprechende Recht, sich ohne Weiteres vom Vertrage loszumachen, zustehen wird, daß dagegen beim Werkvertrage dieses Recht dem Geschäftsherrn (§ 649), jedoch regelmäßig nicht auch dem Geschäftsbesorger offen steht.

[13]) Es kommt der § 671 Abs. 2 (s. oben § 185 unter 2) zur Anwendung.

§ 187. Rath und Empfehlung.

§ 676. I. Dadurch allein, daß Jemand einen Rath oder eine Empfehlung oder eine Auskunft nachsucht und der andere Theil ihm den Rath oder die Empfehlung oder die Auskunft ertheilt, kommt ein vertragliches Verhältniß zwischen den Parteien nicht zu Stande. Die Ertheilung eines Rathes, einer Empfehlung, einer Auskunft geschieht in der Regel nicht in der Absicht, sich dadurch obligatorisch dem anderen Theile gegenüber zu verpflichten, der Rathertheilende ist in Folge dessen für die nachtheiligen Folgen seines Rathes, seiner Empfehlung, der ertheilten Auskunft nicht verantwortlich.

II. Eine Verantwortlichkeit des Rathertheilenden kann jedoch durch ein zwischen den Parteien bestehendes Vertragsverhältniß begründet werden.

1. Es kann zwischen Parteien ein Vertrag geschlossen werden, dessen Gegenstand die Ertheilung des Rathes oder der Auskunft ist. Ein solcher Vertrag liegt regelmäßig dann vor, wenn der Rath oder die Auskunft gegen Entgelt ertheilt wird [1]). Jedoch ist dieses Erforderniß kein wesentliches, auch die unentgeltliche Rathertheilung kann ein Vertragsverhältniß begründen [2]). Liegt ein solcher auf Rathertheilung gerichteter Vertrag vor, so hat der Rathertheilende jedes Verschulden zu vertreten (§ 276).

2. Es kann ferner zwischen den Parteien ein Vertragsverhältniß bestehen, dessen Gegenstand zwar nicht auf die Rathertheilung gerichtet ist, innerhalb dessen aber die Rathertheilung erfolgt. Auch in diesem Falle haftet der Rathertheilende für jedes Verschulden [3]).

[1]) Ein solcher Vertrag wird sich regelmäßig als ein Werkvertrag im Sinne des § 631 BGB. darstellen. Vgl. oben § 172 Anm. 17, Staub, Exkurs zu § 349 Anm. 9, Endemann I § 173 Anm. 31. Es kann aber nicht Staub (ebenda Anm. 30) zugestimmt werden, daß dann der Schadensersatzanspruch in Gemäßheit des § 638 immer in sechs Monaten verjährt. In dem Abschluß eines Vertrags, dessen Gegenstand die Ertheilung eines Rathes ist, liegt regelmäßig zugleich das Versprechen, den Rath mit der erforderlichen Sorgfalt zu ertheilen, die stillschweigende Uebernahme der Garantie, daß dies geschehen werde. Es handelt sich somit nicht um die gesetzliche Haftung für Mängel des Werkes, sondern um die Haftung aus einer besonderen Garantieübernahme. Vgl. oben § 132 unter I, 2 (S. 485), Planck, Anm. 2 zu § 676.

[2]) Für die Frage, ob die unentgeltliche Rathertheilung vertragsmäßig erfolgt oder nicht, werden die begleitenden Umstände, insbesondere Zeit und Ort, entscheidend sein. Sucht Jemand einen Rechtsanwalt in seinen Geschäftsräumen auf und fragt ihn um einen Rath, so liegt ein Vertrag, für welchen die Vorschrift des § 276 gilt, auch dann vor, wenn der Anwalt eine Gebühr für den Rath nicht berechnet. Vgl. auch RG. in der JW. 1902 Bd. 14 Nr. 232. Fragt dagegen Jemand einen Anwalt, den er zufällig in einer Gesellschaft trifft, um einen Rath, so fehlt es an einem eine Verantwortlichkeit des Anwalts begründenden Vertragsverhältnisse. Das Vertragsverhältniß, welches bei der unentgeltlichen vertragsmäßigen Rathertheilung vorliegt, ist im Gesetze nicht besonders geregelt (vgl. oben § 127 unter I, S. 467). Es können die Vorschriften einerseits des Auftrags, andererseits des Werkvertags zur entsprechenden Anwendung gebracht werden. (Vgl. Neumann Vorbem. vor §§ 662 ff. unter V, 2 S. 418). Die Haftung des Rathertheilenden wird, auch auf Grund der stillschweigenden Garantieübernahme (vgl. die vorhergehende Anm.), keine andere sein, als bei der entgeltlichen Rathertheilung.

[3]) Vgl. insbesondere RG. Bd. 19 S. 97 ff. und Bd. 27 S. 118 ff. In diesen Entscheidungen ist angenommen, daß, wenn zwischen Parteien eine Geschäftsverbindung besteht, ein innerhalb dieser Geschäftsverbindung ertheilter Rath ein auf Grund eines Vertragsverhältnisses ertheilter Rath ist. — Wenn A., der Werthpapiere kaufen will, den Bankier B. um Rath fragt, welche Papiere er kaufen soll, und dann bei B. die Papiere, die dieser empfohlen hat, kauft, so kann gleichfalls der Rath nicht von dem sodann abgeschlossenen Kaufe losgelöst werden, B. ist vielmehr für den von ihm erhaltenen Rath auf Grund des demnächst begründeten Vertragsverhältnisses verantwortlich. Vgl. Staub Anm. 12 ff. Exkurs zu § 349 HGB.

III. Eine Verantwortlichkeit des Rathertheilenden kann auch nach den Grundsätzen über den Schadensersatz für unerlaubte Handlungen begründet sein. In Betracht kommen insbesondere die Vorschriften des § 823 Abs. 2 [4]), wenn z. B. die Ertheilung des schädlichen Rathes oder der unrichtigen Auskunft die Thatbestandsmerkmale des strafbaren Betrugs erfüllt, und der §§ 826 [5]), 839 [6]).

Dreiundzwanzigster Titel.

Geschäftsführung ohne Auftrag.

§ 188. Begriff und Erfordernisse.

§ 677.

I. Geschäftsführung ohne Auftrag liegt vor, wenn Jemand ein Geschäft für einen Anderen besorgt, ohne von ihm beauftragt oder ihm gegenüber sonst dazu berechtigt zu sein.

1. Vorausgesetzt wird zunächst eine Geschäftsbesorgung. Der Begriff ist derselbe wie beim Auftrag [1]). Es kann sich sowohl um ein Rechtsgeschäft wie um eine rein thatsächliche Verrichtung handeln.

2. Das Geschäft muß für einen Anderen besorgt werden. Hieraus folgt, daß das Geschäft ein fremdes sein muß. Diese Voraussetzung kann in doppelter Weise vorliegen. Es kann das Geschäft sich schon äußerlich als ein fremdes darstellen, indem es unmittelbar die Angelegenheiten eines Anderen betrifft [2]), es kann das Geschäft aber auch die Beziehung zu einem Anderen erst dadurch erlangen, daß der Geschäftsführer es für den Anderen vornimmt. In dem letzteren Falle ist erforderlich, damit das Geschäft ein fremdes ist, daß der Geschäftsführer

---

[4]) Auf die Vorschrift des § 823 Abs. 1 kann eine Verantwortlichkeit wegen fahrlässig falscher Rath- oder Auskunftertheilung nicht gegründet werden. Zwar erscheint die Ansicht Oertmanns (Anm. 1b zu § 676), daß in der Ertheilung eines schlechten Rathes die Verletzung eines der im § 823 Abs. 1 genannten speziellen Rechte nicht gefunden werden kann, nicht zutreffend (z. B. A. klagt dem B., daß er leidend sei, B. räth ihm zu einer Kur, die die Gesundheit des A. völlig zerstört), aber die fahrlässige Ertheilung eines falschen Rathes ist nicht rechtswidrig, denn „es fehlt an einem Gesetze, welches die fahrlässige Ertheilung eines schädlichen Rathes verbietet" (Prot. II S. 664).

[5]) Zur Erfüllung des Thatbestandes des § 826 ist ein Verstoß gegen die guten Sitten und eine vorsätzliche Schadenszufügung erforderlich. Ersterer liegt bei der wissentlichen Ertheilung eines schädlichen Rathes oder einer falschen Auskunft vor. Eine wissentlich falsche Auskunft giebt auch derjenige, der eine Auskunft so ertheilt, als wisse er das Mitgetheilte, während er es in Wirklichkeit nicht weiß (RG. in DJZ. 1902 S. 581 unter 70 Gruchot Bd. 47 S. 105 ff.). Zu einer vorsätzlichen Schadenszufügung gehört aber nicht die Absicht zu schädigen, es genügt vielmehr das Bewußtsein, daß ein Schaden entstehen wird (s. oben § 33 unter 3a, S. 138, ferner RG. Bd. 23 S. 130 ff.).

[6]) Auch eine Kombination der Verantwortlichkeit aus einem Vertragsverhältniß und einer unerlaubten Handlung kann vorkommen. Der Kunde eines Bankiers wendet sich an diesen um einen Rath, in welchen Papieren er sein Geld anlegen soll und kauft die ihm von dem Prokuristen des Bankiers empfohlenen Papiere. Der Bankier haftet für die Empfehlung des Prokuristen vertragsmäßig, der Prokurist selbst haftet, wenn in seiner Person die Haftung für eine unerlaubte Handlung begründet ist.

[1]) Vgl. oben § 182 Anm. 3.

[2]) Man nennt ein solches Geschäft ein objektiv fremdes. Wenn Jemand das Kind eines Anderen verpflegt, die Schuld eines Anderen bezahlt, den Acker eines Anderen bestellt, den zerbrochenen Wagen eines Anderen repariert, die Sache eines Anderen verkauft, so ergeben die äußeren Umstände, daß es sich um das Geschäft eines Anderen handelt.

seinen Willen, es zu einem solchen zu machen, in erkennbarer und zuverlässiger Weise äußert[3]).

3. Das Geschäft muß für einen Anderen besorgt sein. Auch in den Fällen, in denen das Geschäft sich schon äußerlich als ein fremdes darstellt[4]), muß noch der Wille des Geschäftsführers hinzukommen, dieses fremde Geschäft als ein fremdes zu besorgen. Es liegt daher eine Geschäftsführung ohne Auftrag nicht vor, wenn Jemand ein fremdes Geschäft als sein eigenes besorgt. Dies kann einmal deswegen geschehen, weil der Geschäftsführer irrthümlicher Weise das fremde Geschäft für sein eigenes gehalten hat. In diesem Falle kann er Ansprüche nur aus der ungerechtfertigten Bereicherung geltend machen, ebenso, wie er nur aus demselben Rechtsgrunde haftet, es sei denn, daß weitergehende Ansprüche aus der unerlaubten Handlung gegen ihn erhoben werden können[5]). Es ist ferner möglich, daß der Geschäftsbesorger gewußt hat, daß das Geschäft ein fremdes und daß er zu dessen Besorgung nicht berechtigt ist, und daß er es dennoch als sein eigenes behandelt hat. Auch in diesem Falle liegt eine Geschäftsführung ohne Auftrag nicht vor, denn es fehlt an dem Willen, das Geschäft als ein fremdes zu besorgen.[6]) Das Gesetz giebt dennoch aus Zweckmäßigkeitsgründen dem Geschäftsherrn, neben seinen etwaigen Ansprüchen aus der unerlaubten Handlung, das Recht, den Geschäftsbesorger als einen Geschäftsführer ohne Auftrag zu behandeln und insbesondere von ihm Rechenschaftsablegung und die Herausgabe alles aus der Geschäftsbesorgung Erlangten zu verlangen.[7]) Macht er hiervon Gebrauch, so ist er seinerseits dem Geschäfts-

§ 687 Abs. 1. § 687 Abs. 2.

---

[3]) Ein solches Geschäft wird ein subjektiv fremdes genannt. A. nimmt ein Darlehen auf, nicht für sich, sondern für einen Anderen. A., der für sich Werthpapiere kauft, die ihm von seinem Bankier als sehr chancenreich empfohlen worden sind, erwirbt zugleich einige für seinen Freund. Bei derartigen Geschäften ergiebt sich die Beziehung auf einen Anderen nicht schon aus dem Gegenstande des Geschäfts, der Geschäftsführer macht es erst zu einem fremden. Schließt er das Geschäft im Namen des Anderen, als dessen Vertreter ohne Vertretungsmacht, so ergiebt sich hieraus, daß es ein fremdes ist. Schließt er das Geschäft im eigenen Namen, so daß es sich äußerlich zunächst als sein eigenes Geschäft darstellt, so darf der Wille, daß es ein fremdes sein soll, nicht ein bloßes Internum des Geschäftsführers bleiben, er muß vielmehr deutlich in die Außenwelt treten, entweder durch eine zuverlässige Erklärung gegenüber dem Mitkontrahenten oder gegenüber dem Geschäftsherrn.

[4]) Also in den Fällen der Anm. 2. Bei den subjektiv fremden Geschäften (Anm. 3) fallen die beiden Erfordernisse, daß das Geschäft ein fremdes sein und daß der Geschäftsführer den Willen haben muß, es als fremdes zu besorgen, in eins zusammen, da das Geschäft erst durch den Willen des Geschäftsführers zu einem fremden wird.

[5]) Vgl. E. I § 761. Die Vorschrift des § 687 Abs. 1 ist eine selbstverständliche Konsequenz aus dem Begriffe der Geschäftsführung ohne Auftrag; sie ist nur im Interesse der Deutlichkeit aufgenommen. (Prot. II S. 742.) Verkauft A. eine fremde Sache, die er für seine eigene hält, so muß er dem Eigenthümer den Erlös, um den er bereichert ist, herausgeben. Bestellt A. den Acker des B. in der Meinung, es sei sein Acker, so muß B., der die Früchte des Ackers zieht, dem A. die Bestellungskosten ersetzen, soweit er (B.) um diese bereichert ist. Eine unerlaubte Handlung des Geschäftsbesorgers kann nach § 823 vorliegen. Während somit § 687 Abs. 1 bei jedem Irrthume des Geschäftsführers Anwendung findet, ist für die Frage, ob zugleich eine unerlaubte Handlung vorliegt, zu prüfen, ob der Irrthum ein verschuldeter ist. Vgl. M. II S. 870.

[6]) Hierbei blieb der erste Entwurf stehen; er machte den Geschäftsführer nur aus der etwaigen unerlaubten Handlung haftbar (E. I § 761. M. II S. 870, 871).

[7]) Gerade mit Rücksicht auf diese beiden letzteren Umstände ist die Vorschrift von großer praktischer Bedeutung. A. hat dem B. ein Pianino zur Aufbewahrung gegeben, B. hat das Pianino zuerst dem C. für mehrere Monate vermiethet und dann für einen hohen Preis verkauft. A. kann auf Grund der §§ 681, 666 von B. Auskunft und Rechenschaftsablegung über die durch das Vermiethen erlangten Vortheile, auf Grund der §§ 681, 667 die Herausgabe dieser Vortheile und des erzielten Kaufpreises verlangen, wenn

führer, soweit er aus dessen Vermögen bereichert werden würde, zur Herausgabe der Bereicherung verpflichtet.[8])

§ 686.

4. Es ist nicht erforderlich, daß der Geschäftsführer das Geschäft für eine bestimmte dritte Person besorgt, es genügt, daß er es für einen Dritten besorgt. Der Irrthum des Geschäftsführers über die Person des Geschäftsherrn ist daher unerheblich; berechtigt und verpflichtet wird der wirkliche Geschäftsherr[9]).

5. Ein weiteres Erforderniß für die Geschäftsführung ohne Auftrag ist die negative Voraussetzung, daß der Geschäftsführer dem Geschäftsherrn gegenüber zur Führung der Geschäfte nicht berechtigt ist[10]). Fehlt es an dieser Berechtigung[11]), so ist es im Uebrigen gleichgültig, durch welches Motiv der Geschäftsführer zur Besorgung des fremden Geschäfts veranlaßt worden ist[12]).

---

letzterer auch den Werth des Pianinos weit übersteigt, Ansprüche, welche mit der bloßen Schadensersatzklage wohl kaum durchgesetzt werden könnten. (Vgl. R.G. Bd. 47 S. 100 ff). — A. hat eine Erfindung, die er gemacht hat, seinem Freunde B. anvertraut. B. hat sich für diese Erfindung ein Patent ertheilen lassen und dieses theils durch eigene Fabrikation, theils durch Ertheilung von Lizenzen ausgenutzt. Auch in diesem Falle würde A. durch die bloße Klage auf Schadensersatz aus der unerlaubten Handlung nicht genügend geschützt sein, während die Befugniß, den B. als seinen Geschäftsführer zu behandeln und von ihm Rechenschaft und die Herausgabe aller Vortheile, insbesondere die Uebertragung des Patents auf ihn (vgl. RG. Bd. 29 S. 49 ff.) zu verlangen, ihm wirksamen Schutz gewährt. — Die Vorschrift des § 687 gewährt dem Geschäftsherrn ferner den Vortheil, daß die Klage nicht der kurzen Verjährung unterworfen ist. — Unzutreffend erscheint das von Cosack I § 155 unter VIII gegebene Beispiel: A., der entlassene Kommis des B., macht auftraglos im Namen des B., aber für eigene Rechnung glückliche Börsenspekulationen; Cosack nimmt an, daß er auf Grund der §§ 681, 667 seinen ganzen Spekulationsgewinn an B. herausgeben muß. Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Denn die Vorschrift des § 687 setzt offensichtlich ein objektiv-fremdes Geschäft voraus (vgl. Anm. 2); sie hat die Fälle im Auge, in denen Jemand eine Angelegenheit, die an sich eine fremde ist, als seine eigene behandelt, sei es aus Irrthum (Abs. 1), sei es vorsätzlich (Abs. 2). Es ist ein logischer Widerspruch, anzunehmen, daß A. zuerst die Spekulationsgeschäfte zu fremden Geschäften macht, indem er sie nicht für sich, sondern für B. vornehmen will, und sie in demselben Momente als eigene behandelt, indem er sie nicht für B., sondern für sich vornehmen will.

[8]) So muß in dem Beispiel Anm. 7 A., der von B. die Uebertragung des Patents verlangt, ihm die bezahlten Patentgebühren erstatten. RG. Bd. 29 S. 49 ff.

[9]) Es ist in Folge dessen auch ausreichend, daß der Geschäftsführer das Geschäft für einen unbestimmten Dritten, für denjenigen, welchen es angeht (M. II S. 856), besorgt. Daher ist auch Geschäftsführung für eine noch nicht existente, insbesondere für eine zukünftige juristische Person zulässig.

[10]) Das Gesetz sagt, der Geschäftsführer muß das Geschäft besorgen, ohne von dem Geschäftsherrn beauftragt oder sonst dazu berechtigt zu sein. Als Rechtsverhältnisse, welche ein Recht zur Besorgung der Geschäfte eines Anderen geben, kommen außer dem Auftrag in Betracht: Dienstvertrag, Werkvertrag (§ 675), die Geschäftsführung des gesetzlichen Vertreters, des geschäftsführenden Gesellschafters, des Konkursverwalters, des Testamentsvollstreckers, die Verwaltung des eingebrachten Vermögens der Ehefrau durch den Mann, vgl. ferner §§ 744 Abs. 2, 1074, 1282, § 836 CPO.

[11]) Das Recht zur Geschäftsführung fehlt z. B., wenn der Auftrag, der Dienst- oder Werkvertrag nichtig oder anfechtbar und angefochten oder beendigt ist, soweit nicht in letzterem Falle positive Vorschriften des Gesetzes (s. §§ 674, 729, 1424, 1682, 1893, 2218) entgegenstehen. Geschäftsführung ohne Auftrag liegt somit auch dann vor, wenn der Geschäftsführer sich zu Unrecht, selbst in entschuldbarer Weise, zur Führung des Geschäfts für berechtigt hält.

[12]) Im E. I § 759 war ausdrücklich bestimmt, daß die Anwendung der Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag nicht dadurch ausgeschlossen wird, daß der Geschäftsführer zu der Geschäftsbesorgung durch ein eigenes Interesse oder durch das Interesse eines Dritten bestimmt worden ist. Vgl. M. II S. 868, 869. Die zweite Kommission hat diese Vorschrift gestrichen (Prot. II S. 741). Das innere Motiv ist von keiner rechtlichen Bedeutung.

§ 682. II. Die Geschäftsführung ohne Auftrag stellt sich als eine Rechtshandlung dar, für welche ein rechtlich wirksamer Willensakt nicht gefordert wird, vielmehr sind die gesetzlichen Folgen an rein objektive Thatsachen geknüpft [13]). Es kann daher auch Jemand, der geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, Geschäftsführer sein. Das Gesetz schränkt aber die Haftung eines solchen Geschäftsführers dahin ein, daß er nur auf die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung haftet. Stellt sich die Geschäftsführung als eine unerlaubte Handlung dar, so ist er für diese nach den allgemeinen Grundsätzen haftbar. —

III. Auch die aus der Geschäftsführung ohne Auftrag für den Geschäftsherrn sich ergebenden Verpflichtungen folgen, unabhängig von seinem Willen, unmittelbar aus dem Gesetze. Es ist daher unerheblich, ob der Geschäftsherr geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist [14]).

IV. Die Geschäftsführung ohne Auftrag begründet ein Schuldverhältniß nur zwischen dem Geschäftsherrn und dem Geschäftsführer. Besteht die Geschäftsführung darin, daß der Geschäftsführer ein Rechtsgeschäft mit einem Dritten vornimmt, so sind für die Frage, unter welchen Voraussetzungen direkte rechtliche Beziehungen zwischen dem Geschäftsherrn und dem Dritten entstehen, die Grundsätze von der Vertretung, insbesondere von der Vertretung ohne Vertretungsmacht maßgebend [15]).

§ 189. Die Pflichten des Geschäftsführers.

§§ 677—679. I. Die Verpflichtungen des Geschäftsführers gestalten sich verschieden, je nachdem seine Einmischung in das fremde Geschäft sich als eine unstatthafte darstellt oder nicht.

1. Unstatthaft ist die Einmischung, wenn der Geschäftsführer wußte oder wissen mußte, daß die Uebernahme der Geschäftsführung dem wirklichen oder muthmaßlichen Willen des Geschäftsherrn widerspricht. Nicht blos ein ausdrückliches Verbot des Geschäftsherrn macht die Einmischung zu einer unstatthaften: der Geschäftsführer muß vielmehr, bevor er in eine fremde Angelegenheit sich einmischt, mit der erforderlichen Sorgfalt (§ 276) prüfen, ob nicht der nach Lage der Verhältnisse zu vermuthende Wille des Geschäftsherrn dieser Einmischung entgegensteht [1]). Hierbei ist es unerheblich, ob die Besorgung des Geschäfts dem Interesse des Geschäftsherrn entspricht. Denn in den Privatangelegenheiten eines Jeden ist in der Regel sein Wille entscheidend. Wenn der Geschäftsführer bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt erkennen mußte, daß der Geschäftsherr ein Geschäft, dessen Erledigung in seinem Interesse liegt, unerledigt lassen will, so darf er sich in dieses Geschäft nicht einmischen.

2. Ueber der Willkür des Einzelnen steht aber das öffentliche Interesse. Liegt dem Geschäftsherrn eine Pflicht ob, deren Erfüllung im öffentlichen

---

[13]) Vgl. oben § 33 unter 1 (S. 136, 137). Planck Vorbem. I, 1 vor § 677.

[14]) Der dies besonders aussprechende § 756 E. I ist als überflüssig gestrichen worden (Prot. II S. 739).

[15]) Vgl. oben § 55 (S. 217).

[1]) Die Fassung des Gesetzes läßt deutlich erkennen, daß ein Verbot des Geschäftsherrn nicht unter allen Umständen der Geschäftsführung entgegensteht. Denn es kommt auf den Willen an, den der Geschäftsherr muthmaßlich in demjenigen Zeitpunkte gehabt hätte, in welchem die Geschäftsführung übernommen wurde. Ist also nach dem Erlasse des Verbots eine wesentliche Aenderung der Verhältnisse, z. B. eine unvorhergesehene Gefahr, eingetreten, so ist die Annahme berechtigt, daß der Geschäftsherr sein Verbot nicht aufrecht erhalten hätte. Vergl. Prot. II S. 738, 739.

Interesse liegt[2]), oder handelt es sich um eine gesetzliche Unterhaltspflicht des Geschäftsherrn, so ist trotz seines entgegenstehenden Willens die Geschäftsbesorgung eine statthafte, wenn ohne diese die Pflicht des Geschäftsherrn nicht oder nicht rechtzeitig erfüllt werden würde. Die Beweislast für das Vorliegen dieser Voraussetzungen trifft den Geschäftsführer.

3. Stellt sich hiernach die Geschäftsbesorgung als eine unstatthafte dar, so liegt schon in der Einmischung in die fremde Angelegenheit ein Verschulden, welches den Geschäftsführer zum Ersatze des Schadens verpflichtet, welcher aus der Geschäftsbesorgung entsteht[3]), wenn der Schaden selbst auch ohne jedes Verschulden des Geschäftsführers herbeigeführt worden ist[4]).

4. Liegt dagegen die Voraussetzung der Unstatthaftigkeit der Geschäftsbesorgung nicht vor, so macht die bloße Uebernahme der Führung des fremden Geschäfts den Geschäftsführer nicht schadensersatzpflichtig. Er muß aber das fremde Geschäft, mit dessen Besorgung er sich befaßt, mit der erforderlichen Sorgfalt führen[5]) und zwar so, wie es das Interesse des Geschäftsherrn erfordert. Was das Interesse des Geschäftsherrn erfordert, hat er jedoch nicht lediglich nach objektiven Kriterien zu entscheiden, er hat vielmehr auch hierbei den Willen des Geschäftsherrn, und zwar dessen wirklichen oder, wenn er diesen nicht gekannt hat oder nicht kennen konnte, den muthmaßlichen zu berücksichtigen[6]).

5. Sowohl bei der Uebernahme (§ 678) als bei der Besorgung (§ 677) **§ 680.**

---

[2]) Die Verpflichtung selbst kann eine privatrechtliche sein (z. B. die Bestreitung von Beerdigungskosten, vergl. M. II S. 865), ihre Erfüllung muß nur im öffentlichen Interesse liegen. Diese Voraussetzung muß auch dann vorliegen, wenn die Verpflichtung selbst eine öffentlich=rechtliche ist, z. B. die Verpflichtung zur Zahlung von Steuern. (Prot. II S. 737.) Bei der Erfüllung der auf Gesetz beruhenden Unterhaltspflicht ist von dieser Voraussetzung abgesehen. Vergl. Planck Anm. 1a zu § 679.

[3]) Stellt die Geschäftsführung sich außerdem als eine unerlaubte Handlung dar, so bleibt die durch diese begründete Haftung daneben bestehen.

[4]) Es ergiebt sich hieraus für den inneren Zusammenhang der §§ 674, 678, 679 Folgendes: Bei der unstatthaften Geschäftsführung, dem unbefugten Eindringen in fremde Angelegenheiten, haftet man auch für zufälligen Schaden, der aus der Geschäftsführung entsteht, d. h. der ohne diese Einmischung nicht entstanden wäre (Haftung für casus mixtus). Bei der erlaubten Geschäftsführung dagegen haftet der Geschäftsführer nur für den Schaden, den er nach Maßgabe des § 677 verschuldet. Erlaubt aber ist jede Geschäftsführung, bei der nicht der Ausnahmefall des § 678 vorliegt. Den Beweis, daß dies der Fall ist, hat der Geschäftsherr zu erbringen. Von der Ausnahmevorschrift des § 678 macht wieder eine Ausnahme der § 679: Trotz des Vorliegens der Voraussetzungen des § 678 ist die Geschäftsführung erlaubt — also die strenge Haftung für zufälligen Schaden ausgeschlossen, — wenn die Voraussetzungen des § 679 gegeben sind.

[5]) Oertmann (Anm. 1a zu § 677) folgert aus der Fassung des § 677 (das Geschäft so zu führen), daß der Geschäftsführer das Geschäft nicht liegen lassen darf, sondern zur Fortführung verpflichtet ist. Dieser Ansicht kann nicht beigestimmt werden. Das Gesetz schreibt nicht vor, daß der Geschäftsführer das Geschäft führen müsse, sondern wie er es zu führen hat, falls er es besorgt. Man wird annehmen müssen, daß der Geschäftsführer grundsätzlich berechtigt ist, von der übernommenen Geschäftsführung wieder zurückzutreten. Entsteht jedoch für den Geschäftsherrn dadurch, daß das Geschäft, dessen Ausführung der Geschäftsführer begonnen hat, liegen bleibt, ein Schaden, der nicht entstanden wäre, wenn der Geschäftsführer sich in die Angelegenheit überhaupt nicht eingemischt hätte, so ist er für diesen Schaden verantwortlich. M. II S. 859, Planck Anm. 2 zu § 677, Dernburg II § 301 unter VI.

[6]) Vergl. Oertmann Anm. 1 zu § 677. — A. will in Abwesenheit des B. als dessen Geschäftsführer eine Reparatur an dessen Hause vornehmen lassen. Er weiß, daß B. immer einen bestimmten Handwerker, zu dem er besonderes Vertrauen hat, beschäftigt. Dann darf A. die Arbeit nicht einem anderen Handwerker übertragen, wenn auch dieser billiger und durchaus zuverlässig ist. Thut er es, so muß er dem B. für den Schaden aufkommen, der durch die Annahme dieses anderen Handwerkers entstanden ist.

des Geschäfts haftet der Geschäftsführer für jedes Verschulden[7]). Eine Ausnahme tritt jedoch ein, wenn der Geschäftsführer die Besorgung des Geschäfts zu dem Zwecke übernommen hat, um eine drohende dringende Gefahr von dem Geschäftsherrn abzuwenden. Der Geschäftsführer haftet in diesem Falle nur für Vorsatz und grobes Verschulden. Für diese Milderung der Haftung kommt es nicht darauf an, ob eine dringende Gefahr in Wirklichkeit dem Geschäftsherrn gedroht hat, entscheidend ist, daß die Abwendung einer solchen Gefahr der Zweck der Geschäftsführung gewesen ist. Es muß daher genügen, daß der Geschäftsführer der Ueberzeugung sein durfte[8]), es drohe dem Geschäftsherrn eine solche Gefahr[9]). Die nach der Vorschrift des § 680 eintretende Milderung der Vertretungspflicht bezieht sich sowohl auf die Uebernahme (§ 678)[10]) als auf die Durchführung (§ 677) der Geschäftsführung.

§ 681. II. Da für die Geschäftsführung an erster Stelle der Wille des Geschäftsherrn maßgebend ist, so muß der Geschäftsführer es sich angelegen sein lassen, diesen Willen sobald als möglich zu erforschen. Das Gesetz legt ihm daher die Verpflichtung auf, sobald es thunlich ist, dem Geschäftsherrn von der Thatsache, daß er die Geschäftsführung übernommen hat, Mittheilung zu machen[11]), und seine Entschließung abzuwarten, es sei denn, daß mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist[12]). — Der Geschäftsführer ist außerdem, wie der Beauftragte, zur Auskunftsertheilung und Rechenschaftsablegung (§ 666), zur Herausgabe alles aus der Geschäftsbesorgung Erlangten (§ 667)[13]) und zur Verzinsung der Gelder, die er für sich verwendet hat (§ 668), verpflichtet.

§ 190. Die Ansprüche des Geschäftsführers.

I. Als Anspruch des Geschäftsführers gegen den Geschäftsherrn kommt der Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen in Betracht. Das Gesetz stellt ihn in Ansehung dieses Anspruchs unter gewissen Voraussetzungen dem Beauftragten gleich.

---

[7]) Auch die Vorschrift des § 278 greift Platz.

[8]) Vgl. Planck zu § 680.

[9]) Ob die Gefahr dem Vermögen oder der Person des Geschäftsherrn droht, ist unerheblich. Vgl. Prot. II S. 728.

[10]) Der § 680 unterscheidet sich vom § 679 dadurch, daß letzterer die Anwendung des § 678 ausschließt, während § 680 nur die Vertretungspflicht herabsetzt. Während also im Falle des § 679 die Vorschrift des § 678 selbst dann nicht zur Anwendung kommt, wenn der Geschäftsführer gegen das ausdrückliche Verbot des Geschäftsherrn z. B. dessen Kinde Unterhalt gewährt, greift die Schadensersatzpflicht des § 678 Platz, wenn der Geschäftsführer gegen das Verbot des Geschäftsherrn mit dem im § 680 angegebenen Zwecke handelt. Bei Gelegenheit eines in der Wohnung des A. entstandenen Feuers will B. dessen Sachen retten. A. untersagt es ihm. B. dringt trotzdem in die Wohnung ein und trägt Sachen auf die Straße, wo sie gestohlen werden. A. kann von B. den Ersatz des Schadens verlangen, der ihm nicht entstanden wäre, wenn B. sein Verbot befolgt hätte.

[11]) Diese Vorschrift erscheint überflüssig, da im Satze 2 des § 681 der § 666 zitiert ist, der den Geschäftsführer verpflichtet, unaufgefordert dem Geschäftsherrn die erforderlichen Nachrichten zu geben. Die Vorschrift ist auch nur aus Zweckmäßigkeitsgründen aufgenommen worden. (Prot. II S. 727.) Sie entspricht dem § 665 Satz 2. Vgl. oben § 183 unter 7.

[12]) Dies alles ist natürlich nur denkbar, wenn die Uebernahme und die Durchführung der Geschäftsführung zeitlich auseinanderfallen. Schließt sich die Ausführung an die Uebernahme so eng an, daß es nicht thunlich ist, die Uebernahme besonders anzuzeigen, so folgt die Verpflichtung zur Anzeige von der geschehenen Geschäftsführung aus § 666.

[13]) Die Verpflichtung des Geschäftsführers zur Herausgabe des aus der Geschäftsführung Erlangten entspringt aus der Geschäftsführung. Weist der Geschäftsherr diese im Falle des § 678 zurück und verlangt er Schadensersatz, so kann er nicht daneben noch Herausgabe nach § 667 verlangen.

1. Dies ist zunächst der Fall, wenn die Uebernahme der Geschäftsführung dem Interesse und dem Willen[1]) des Geschäftsherrn entsprochen hat. Daß der Geschäftsführer ohne Verschulden annehmen durfte, es sei dies der Fall, kommt ihm nicht zu Gute. Es muß vielmehr der Umstand, daß das Geschäft besorgt worden ist, thatsächlich einerseits im Interesse des Geschäftsherrn liegen und andererseits seinem Willen entsprechen. Steht fest, daß der Geschäftsherr sich auf dieses Geschäft überhaupt nicht eingelassen hätte, so kann der Geschäftsführer den Ersatz seiner Aufwendungen selbst dann nicht verlangen, wenn er bei sorgfältiger Prüfung der Sachlage annehmen durfte, der Geschäftsherr werde mit der Besorgung des Geschäfts an sich einverstanden sein. Diese strenge Voraussetzung gilt jedoch nur für die Frage der Uebernahme der Geschäftsbesorgung. Bei der Durchführung der Geschäftsbesorgung, d. h. bei der Beurtheilung der Art und Weise, in welcher der Geschäftsführer das Geschäft ausgeführt hat, ist es nicht nothwendig, daß sie dem wirklichen oder dem muthmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entspricht[2]). In Ansehung der Ausführung ist der Geschäfts- § 683.

[1]) Das Gesetz sagt, dem wirklichen oder dem muthmaßlichen Willen. Dies ist nicht dahin aufzufassen, daß es genüge, daß die Uebernahme der Geschäftsführung dem Willen entspricht, welchen der Geschäftsführer bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt als den Willen des Geschäftsherrn annehmen, muthmaßen durfte. Unter dem muthmaßlichen Willen des Geschäftsherrn ist vielmehr derjenige zu verstehen, der objektiv unter Berücksichtigung aller thatsächlich vorliegenden Umstände zu muthmaßen ist. Vgl. die Ausführungen in Anm. 5.

[2]) Zur näheren Erläuterung des in Folge seiner knappen Fassung nicht leicht verständlichen § 683 muß kurz auf dessen Entstehungsgeschichte eingegangen werden: Der erste Entwurf folgte streng dem sog. subjektiven Prinzipe: sowohl das Eingreifen in die Geschäfte eines Anderen als auch die Art und Weise der Geschäftsbesorgung mußte den wirklichen Intentionen des Geschäftsherren entsprechen, es genügte für den Erstattungsanspruch des Geschäftsführers nicht, daß das Geschäft sich objektiv als ein nothwendiges oder nützliches dargestellt hat, daß der Geschäftsführer dem bei Anwendung der gebührenden Sorgfalt erkennbaren Willen des Geschäftsherrn gemäß gehandelt hat. Auch wenn er unverschuldeter Weise gegen die wahren Intentionen des Geschäftsherrn gehandelt hat, verlor er seinen Ersatzanspruch gegen diesen. Etwas gemildert war dieses strenge Prinzip durch die Vermuthung des § 753 Abs. 2 E. I (vgl. M. II S. 860 ff.). Gegen diese Grundsätze wurde in der zweiten Kommission (Prot. II S. 729 ff.) geltend gemacht, daß sie jede Geschäftsführung selbst dann außerordentlich erschweren, ja geradezu hindern, wenn sie im Interesse des Gemeinwohls wünschenswerth erscheine. Es war daher vorgeschlagen worden, dem Geschäftsführer den Erstattungsanspruch schon dann zu gewähren, wenn er bei Anwendung ordnungsmäßiger Sorgfalt annehmen durfte, der Geschäftsherr würde sein Verhalten billigen, auch wenn die Geschäftsführung in Wirklichkeit nicht im Interesse des Geschäftsherrn lag. Wenn z. B. A. ein baufälliges Haus des B. reparieren ließ (vgl. Planck Anm. 1 zu § 683), während B. bereits Anstalten getroffen hatte, das Haus gänzlich einreißen zu lassen, würde nach dieser Ansicht dem A. der Anspruch auf Ersatz seiner Auslagen zustehen, während der erste Entwurf ihm diesen Anspruch unter allen Umständen versagte, selbst wenn er annehmen durfte, er handele im Interesse des A. Zwischen diesen Ansichten nimmt das Gesetz einen vermittelnden Standpunkt ein: die Uebernahme der Geschäftsführung muß dem wirklichen Interesse und dem wirklichen Willen des Geschäftsherrn entsprechen; bei der Ausführung des Geschäfts genügt es, wenn der Geschäftsführer mit der erforderlichen Sorgfalt gehandelt hat. Es ist gewissermaßen so anzusehen, als habe der Geschäftsherr die allgemeine Anweisung ertheilt, daß der Geschäftsführer bei Ausführung des Unternehmens nach pflichtmäßigem Ermessen verfahren solle. (Prot. II S. 733.) Hat also in dem obigen Beispiele B. bereits einem Unternehmer den Auftrag ertheilt, das baufällige Haus abzureißen, so hat A., wie nach dem ersten Entwurfe, keinen Anspruch auf Ersatz der für die Reparatur gemachten Aufwendungen. Hat dagegen B. bereits einem Baumeister den Auftrag gegeben, das Haus nach einem bestimmten Plane umzubauen, während A. es nach einem anderen Plane reparieren läßt, so würde auch in diesem Falle der erste Entwurf ihm unter allen Umständen den Anspruch versagen,

führer vielmehr dem Beauftragten gleichgestellt, so daß es genügt, wenn er das Geschäft mit der erforderlichen Sorgfalt durchgeführt hat. Liegen diese Voraussetzungen vor, so kommen auf den Ersatzanspruch des Geschäftsführers die für den Beauftragten geltenden Vorschriften zur Anwendung, so daß es insbesondere unerheblich ist, ob der mit der Geschäftsführung beabsichtigte Erfolg eingetreten ist[3]).

2. In den Fällen, in denen nach der Vorschrift des § 679 ein der Geschäftsführung entgegenstehender Wille nicht in Betracht kommt, steht der Ersatzanspruch dem Geschäftsführer nach Maßgabe der für den Auftrag geltenden Vorschriften auch dann zu, wenn die Uebernahme der Geschäftsführung dem Willen des Geschäftsherrn nicht entsprach. Jedoch muß sie auch in diesem Falle dem Interesse des Geschäftsherrn entsprochen haben.[4])

§ 684, Satz 2. 3. Endlich steht dem Geschäftsführer der Ersatzanspruch wie einem Beauftragten dann zu, wenn der Geschäftsherr die Geschäftsführung genehmigt. Die Genehmigung, welche ein empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft ist, kann ausdrücklich oder stillschweigend erklärt werden; sie wird insbesondere häufig darin liegen, daß der Geschäftsherr von dem Geschäftsführer die Herausgabe des durch die Geschäftsführung Erlangten verlangt[5]).

---

während er nach § 683 ihm zusteht, wenn er bei der Reparatur mit pflichtgemäßer Sorgfalt gehandelt hat. — Zahlt der Geschäftsführer eine Schuld des Geschäftsherrn, obwohl diesem eine kompensable Gegenforderung zusteht, so steht dem Geschäftsführer ein Anspruch auf Erstattung zum mindesten dann nicht zu, wenn der Schuldner zahlungsunfähig ist, denn die Uebernahme der Geschäftsführung steht mit dem muthmaßlichen Willen des Geschäftsherrn in Widerspruch (vgl. M. II S. 862). — Die Beweislast dafür, daß die Voraussetzungen des § 683 vorliegen, trifft den Geschäftsführer. Der E. I hatte zu seinen Gunsten im § 753 Abs. 2 die Vermuthung aufgestellt, „daß der Geschäftsherr gebilligt haben würde, was ein ordentlicher Hausvater hätte für angemessen erachten müssen", so daß dem Geschäftsherrn die Beweislast traf, wenn er bei an sich nöthigen und nützlichen Geschäften geltend machte, sie entsprächen seinem Willen nicht. Wenn diese Vorschrift auch nicht in das Gesetz übergegangen ist, so scheint sie doch dadurch ersetzt zu sein, daß, wenn der wirkliche Wille des Geschäftsherrn nicht feststeht, sein muthmaßlicher Wille genügt, und der muthmaßliche Wille eines jeden Menschen muß dahin festgestellt werden, daß er das Vernünftige, das Angemessene gewollt hat. Vgl. Oertmann Anm. 5 zu § 683. Insbesondere ergiebt sich hieraus, daß der Geschäftsherr nicht mit dem frivolen Einwande gehört werden kann, er habe ein Geschäft nicht gewollt, dessen Ausführung das Gesetz oder die guten Sitten verlangen (vgl. M. II S. 862, 863), z. B., wenn der Geschäftsführer Aufwendungen gemacht hat, um ein Kind des Geschäftsherrn aus einem brennenden Hause zu retten, nicht mit der Behauptung, dieses Geschäft entspreche nicht seinem Willen.

[3]) Vgl. oben § 184 unter 1 (S. 697). Ein dem A. gehöriges Pferd erkrankt, B. zieht den Thierarzt X. zu, das Pferd geht trotzdem ein. Dem B. steht der Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen zu, wenn die Zuziehung des Arztes, die Uebernahme der Geschäftsführung, dem Interesse und dem Willen des A. entsprach. Dies würde z. B. nicht der Fall sein, wenn der Zustand des Pferdes ein solcher war, daß ärztliche Hülfe ausgeschlossen war. Daß B. den Thierarzt X. zugezogen hat, obwohl A. nicht diesen, sondern einen anderen Thierarzt genommen hätte, ist gleichgültig, wenn B. nur bei der Auswahl mit der erforderlichen Sorgfalt gehandelt hat. Daß der Erfolg ausgeblieben ist, beseitigt den Anspruch des B. nicht. — Zu dem Ersatze der Aufwendungen gehört unter Umständen auch die Vergütung für Dienstleistungen. Vgl. M. II S. 863, Dernburg II § 302 unter II.

[4]) Vgl. Oertmann Anm. 2 zu § 683, Cosack I § 155 unter III, 2.

[5]) Das preußische Recht (ALR. § 239 I 13) bestimmte, daß durch die Genehmigung sich die negotiorum gestio in allen Beziehungen in ein Mandat verwandele. Das BGB. enthält eine solche Vorschrift nicht. Es bleibt immer noch der rechtliche Unterschied bestehen, daß der Auftrag einen Vertrag erfordert, während die Genehmigung eine einseitige, der Annahme nicht bedürfende Erklärung des Geschäftsherrn ist. — Der § 758 E. I hatte der Genehmigung weiterhin die Wirkung beigelegt, daß sie den Geschäftsführer von den Ansprüchen des Geschäftsherrn auf Schadensersatz wegen mangelhafter Geschäftsbesorgung befreie. Dies ist von der 2. Kommission gestrichen worden. Prot. II S. 741. Mit Recht. Denn es ist Thatfrage, ob die Genehmigung in dem Sinne erklärt ist, daß sie sich

II. Liegt keiner der Fälle vor, in denen der Geschäftsführer den Ersatz seiner Aufwendungen nach den für den Auftrag geltenden Grundsätzen fordern kann, so kann er von dem Geschäftsherrn die Herausgabe dessen verlangen, was dieser durch die Geschäftsführung erlangt hat, und zwar nach den Grundsätzen über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung. Es ergiebt sich hieraus, daß der Anspruch nicht auf den Vortheil beschränkt ist, der sich noch in den Händen des Geschäftsherrn befindet, daß vielmehr diesen die Beweislast in Gemäßheit des § 818 Abs. 3 trifft[6]). **§ 684, Satz 1.**

III. **Begrifflich** ist für den Ersatzanspruch des Geschäftsführers erforderlich, daß er die Geschäftsführung in der Absicht vorgenommen hat, eine Verpflichtung des Geschäftsherrn zu begründen. Das Gesetz stellt diese Absicht aber nicht als **Voraussetzung** des Anspruchs auf, legt vielmehr dem Geschäftsherrn die Beweislast dafür auf, daß diese Verpflichtungsabsicht gefehlt habe[7]). Das Fehlen dieser Absicht ist im Zweifel anzunehmen, wenn Aszendenten ihren Deszendenten oder diese jenen Unterhalt gewähren, ohne dazu verpflichtet zu sein[8]). Sie können in Folge dessen von dem **Empfänger** des Unterhalts keinen Ersatz beanspruchen, wohl aber von dem Dritten, der zum Unterhalte verpflichtet war[9]). **§ 685.**

---

nur auf die **Uebernahme** der Geschäftsführung bezieht, oder ob auch die einzelnen Handlungen des Geschäftsführers gebilligt werden. Daß durch die Genehmigung in jedem Falle der Schadensersatzanspruch aus § 678 beseitigt wird, ist klar, denn die Uebernahme der Geschäftsführung widerspricht nicht mehr dem Willen des Geschäftsherrn, wenn sie genehmigt ist. Vgl. Oertmann Anm. 2 zu § 684. — Ueber den Einfluß der Genehmigung auf Rechtsgeschäfte, welche der Geschäftsführer im Namen des Geschäftsherrn vorgenommen hat, vgl. oben § 55.

[6]) Vgl. M. II S. 866, 867.

[7]) Das Fehlen dieser Absicht (des animus obligandi, recipiendi) wird sich häufig schon aus der sozialen Stellung des Geschäftsführers, aus seinem Verhältnisse zum Geschäftsherrn oder aus anderen begleitenden Umständen ergeben. Häufig werden die Umstände ergeben, daß der Geschäftsführer zwar keine Vergütung für seine Dienstleistung, wohl aber Ersatz seiner Auslagen haben wollte, z. B. wenn der Mann bei bestehender Gütertrennung die Vermögensangelegenheiten seiner Frau besorgt. Vgl. Planck Anm. 1 zu § 685. Ueber das Verhältniß des § 685 zum § 516 Abs. 2 vgl. oben § 148 Anm. 14. Dadurch, daß dem **Geschäftsführer** nach § 685 kein Anspruch zusteht, werden die Ansprüche des **Geschäftsherrn** gegen ihn nicht berührt. Vgl. M. II S. 864.

[8]) Eine ähnliche Auslegungsregel enthalten die §§ 1429, 1618.

[9]) So kann z. B. die uneheliche Mutter, welche das Kind alimentiert hat, Ersatz von dem Vater verlangen. Vgl. §§ 1607 Abs. 2, 1709 Abs. 2. Ueber die Verjährung dieser Ansprüche vgl. oben § 61 Anm. 42. — Nach EG. Art. 103 bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt, nach welchen öffentliche Armenverbände und Anstalten für den gewährten Unterhalt Ersatz von der Person, der sie den Unterhalt gewährt haben, sowie von den Unterhaltspflichtigen verlangen können. Bestehen solche Vorschriften nicht, so kann auf Grund der Bestimmungen des BGB. ein solcher Anspruch nicht geltend gemacht werden, da diese Verbände in Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung gehandelt haben. (Vgl. Planck Anm. 2 zu Art. 103, Dernburg II § 299 unter I, 3 b, RG. Bd. 14 S. 197 ff.; a. M. Oertmann Vorb. 5 vor § 677.) — In Preußen bestehen besondere Vorschriften im Sinne des Art. 103 EG. nicht. (Vgl. ALR. Th. II Tit. 19). Der Art. 62 des Ges. über den Unterstützungswohnsitz vom $\frac{\text{6. Juni 1870}}{\text{12. März 1894}}$ (RGBl. S. 262) giebt dem Armenverbande den Ersatzanspruch gegen den zum Unterhalte privatrechtlich Verpflichteten, nicht aber gegen die unterstützte Person selbst.

Vierundzwanzigster Titel.

§ 191. Verwahrung.

I. Begriff.

§ 688. Der Verwahrungsvertrag[1]) ist der Vertrag, durch welchen der Verwahrer sich verpflichtet, eine ihm von dem Hinterleger übergebene bewegliche Sache aufzubewahren.

1. Den Gegenstand des Verwahrungsvertrags bilden bewegliche Sachen. Uebernimmt Jemand durch Vertrag die Verpflichtung, eine unbewegliche Sache aufzubewahren, so ist der Vertrag, wenn er unentgeltlich ist, ein Auftrag, wenn er entgeltlich ist, ein Dienst- oder ein Werkvertrag.

2. Der Verwahrungsvertrag ist ein Realvertrag. Der Vertrag, durch welchen Jemand sich verpflichtet, eine Sache zur Aufbewahrung zu übernehmen, (pactum de deponendo), ist im Gesetze nicht besonders geregelt. Auf einen solchen Vertrag sind die Vorschriften über den Verwahrungsvertrag zur entsprechenden Anwendung zu bringen[2]). Zulässig ist auch der Vertrag, durch welchen sich Jemand verpflichtet, einem Anderen eine Sache zur Aufbewahrung zu geben. Freilich kann auf die Hingabe der Sache nicht geklagt werden (vgl. § 695), wohl aber auf Entschädigung, wenn die Aufbewahrung gegen Entgelt erfolgen sollte[3]).

3. Ein Verwahrungsvertrag liegt nur vor, wenn die Aufbewahrung die prinzipale aus dem Vertrag entspringende Verpflichtung des Verwahrers bildet. Auch der Entleiher, der Dienstpflichtige, der Unternehmer ist zur Verwahrung der auf Grund des Vertrags in seinen Besitz gelangten Sachen des anderen Theiles verpflichtet; durch diese Verpflichtung wird aber das Wesen des Vertrags nicht geändert[4]).

§ 689. 4. Die Aufbewahrung kann entgeltlich oder unentgeltlich sein. Eine Vergütung gilt unter denselben Voraussetzungen als stillschweigend vereinbart, unter denen dies beim Dienstvertrage (§ 612), beim Werkvertrag (§ 632) und beim Mäklervertrage (§ 653) der Fall ist[5]).

II. Die Verpflichtungen des Verwahrers.

1. Die wesentliche Verpflichtung des Verwahrers besteht darin, daß er die Sache aufbewahren, d. h. alle diejenigen Vorkehrungen treffen muß, die erforderlich sind, damit die Sache unversehrt bleibe und nicht abhanden komme[6]).

---

[1]) Das handelsrechtliche Lagergeschäft ist in den §§ 416—426 HGB. geregelt. Auf dieses Geschäft kommen subsidiär die Vorschriften des BGB. über den Verwahrungsvertrag zur Anwendung.

[2]) Daß der Vertrag klagbar ist, versteht sich von selbst. Zur analogen Anwendung kommen insbesondere die Vorschriften des § 696; unter den Voraussetzungen dieses Paragraphen ist das Recht gegeben, die Annahme der Sache zur Aufbewahrung zu verweigern.

[3]) A. will einen Lagerspeicher errichten. Um sich vorher die Rentabilität des Unternehmens zu sichern, schließt er mit einer Anzahl von Personen Verträge ab, durch welche diese sich verpflichten, ihm ein bestimmtes Quantum Güter gegen ein bestimmtes Entgelt zur Lagerung und Aufbewahrung (§ 416 HGB.) zu geben. Er kann zwar nicht auf die Uebergabe der Güter, wohl aber auf das Entgelt klagen, soweit ihm dies entgangen ist. Vgl. Neumann Anm. I, 2 zu § 688.

[4]) Vgl. über die Abgrenzung des Depositum von verwandten Verträgen RG. Bd. 12 S. 85 ff., insb. S. 87, 88.

[5]) Vgl. das Nähere über die Bedeutung dieser Bestimmungen und über die Höhe der Vergütung oben § 168 unter II, 4 (S. 615) und § 175 unter II, 2 (S. 640).

[6]) Es ist daher kein Verwahrungsvertrag, wenn Jemand einem Anderen nur gestattet, eine Sache in einem Raume, über welchen der Gestattende zu verfügen berechtigt ist, niederzulegen, ohne daß er zugleich die Obhut über die Sache übernimmt. M. II S. 571.

2. Die Art der Aufbewahrung richtet sich an erster Stelle nach der Vereinbarung der Parteien. Ist keine besondere Vereinbarung getroffen, so entscheidet die Vorschrift des § 242. Nach dieser ist zu beurtheilen, welche besonderen Maßregeln der Verwahrer zum Zwecke der Aufbewahrung zu treffen hat, wobei der Werth der Sache, das Interesse, welches der Hinterleger an ihrer Erhaltung hat, die Mittel, welche der Verwahrer zum Zwecke der Aufbewahrung zur Verfügung zu stellen in der Lage ist, von Bedeutung sein werden[7]. Die — ausdrücklich oder stillschweigend — vereinbarte Art der Aufbewahrung darf der Verwahrer dann ändern, wenn er anzunehmen berechtigt ist, daß der Hinterleger bei Kenntniß der Sachlage diese Aenderung billigen werde. Er muß jedoch dem Hinterleger von der Aenderung Anzeige machen und dessen Entschließung abwarten, es sei denn, daß mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist[8]. Weicht der Verwahrer unberechtigter Weise von der vereinbarten Art der Aufbewahrung ab, so haftet er für jeden aus dieser Abweichung entstehenden Schaden. **§ 692.**

3. Ebenso wie der Auftrag beruht auch der Hinterlegungsvertrag in der Regel auf dem besonderen Vertrauen, welches der Hinterleger in die Person und die Einrichtungen des Verwahrers setzt[9]. Dieser ist daher, gleich dem Beauftragten, nicht berechtigt, die Sache bei einem Dritten zu hinterlegen. Thut er es dennoch, so ist er für jeden Schaden verantwortlich, der nicht eingetreten wäre, wenn die Sache nicht bei dem Dritten hinterlegt worden wäre. Ist dagegen dem Verwahrer die Hinterlegung bei einem Dritten gestattet[10], so hat er nur ein Verschulden zu vertreten, welches ihm bei dieser Hinterlegung, bei der Auswahl des Dritten, bei den mit diesem zu treffenden Vereinbarungen, zur Last fällt[11]. — Ob dem Verwahrer die Zuziehung von Gehülfen gestattet ist, ist nach Lage des Falles zu entscheiden. Ist ihm die Zuziehung gestattet, so hat er deren Verschulden wie sein eigenes zu vertreten, ist ihm die Zuziehung nicht gestattet, so haftet er für jeden Schaden, der ohne diese Zuziehung nicht entstanden wäre[12]. **§ 691.**

4. Der Verwahrer ist in der Regel nicht befugt, die Sache zu gebrauchen, es sei denn, daß ihm der Gebrauch vom Hinterleger gestattet ist[13] oder daß ein gewisser Gebrauch zur Erhaltung der Sache nothwendig ist. Unbefugter Gebrauch verpflichtet den Verwahrer zum Ersatz alles aus diesem Gebrauch entstehenden Schadens. Der Verwahrer darf insbesondere hinterlegtes Geld **§ 698.**

---

[7]) Vgl. Oertmann Anm. 1 zu § 688.

[8]) Die Vorschrift ist der für den Auftrag im § 665 gegebenen nachgebildet (vgl. oben § 183 unter 7 S. 695). Während jedoch der Beauftragte das Geschäft nach den Weisungen des Auftraggebers zu besorgen hat, ist der Verwahrer nur an die vereinbarte Art der Aufbewahrung gebunden. Anweisungen, die ihm der Hinterleger einseitig ertheilt, braucht er nicht zu befolgen. Hat der Hinterleger nachträglich Bedenken hinsichtlich der vereinbarten Art der Aufbewahrung, so bleibt ihm nichts Anderes übrig, als die Sache zurückzufordern (§ 695).

[9]) Der § 691 entspricht dem § 664 Abs. 1. (Vgl. oben § 183 unter 3—6 S. 694, 695.)

[10]) Auch die Aufbewahrung beim Verwahrer selbst kann man zu der vereinbarten Art der Aufbewahrung im Sinne des § 692 rechnen, so daß der Verwahrer in einem Nothfalle zur Substitution befugt ist. Vgl. Dernburg II § 350 unter I, 2. Er muß jedoch vor der Hinterlegung bei dem Dritten dem Hinterleger Anzeige machen und, wenn es thunlich ist, abwarten, ob dieser nicht vorzieht, die Sache zurückzunehmen.

[11]) Hat der Verwahrer die Sache bei dem Dritten im eigenen Namen hinterlegt, so ist er verpflichtet, seine Ansprüche gegen den Dritten dem Hinterleger abzutreten.

[12]) Vgl. oben § 183 Anm. 6.

[13]) Ist die Absicht der Parteien an erster Stelle auf die Aufbewahrung der Sache gerichtet, so ändert sich die rechtliche Natur des Vertrags nicht dadurch, daß dem Verwahrer gestattet ist, gelegentlich die hinterlegte Sache zu gebrauchen.

nicht für sich verwenden. Thut er dies dennoch, so ist er verpflichtet, von der Zeit der Verwendung an Zinsen zu entrichten.

§ 690. 5. Der Verwahrer haftet, wenn er ein Entgelt für die Aufbewahrung erhält, für jedes Verschulden, wenn er die Aufbewahrung unentgeltlich übernommen hat, nur für die Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt[14]).

III. Die Verpflichtungen des Hinterlegers.

§ 699. 1. Der Hinterleger hat die vereinbarte Vergütung zu entrichten. Die Entrichtung hat bei der Beendigung der Aufbewahrung, wenn die Vergütung jedoch nach Zeitabschnitten bemessen ist, nach Ablauf der einzelnen Zeitabschnitte zu erfolgen[15]). Ist für die Aufbewahrung eine bestimmte Zeit vereinbart und endigt sie aus irgend einem Grunde[16]) vor dem Ablaufe dieser Zeit, so kann der Verwahrer den Theil der Vergütung verlangen, welcher seinen bisherigen Leistungen entspricht, wofür in der Regel das Verhältniß der Zeit maßgebend ist. Sind zwischen den Parteien abweichende Vereinbarungen getroffen, so sind diese maßgebend[17]).

2. Der Verwahrer kann Ersatz seiner Aufwendungen verlangen.

§ 693. a) Hinsichtlich der Aufwendungen, die er zum Zwecke der Aufbewahrung macht, ist er dem Beauftragten gleichgestellt. Er kann den Ersatz derjenigen Aufwendungen verlangen, welche er den Umständen nach für erforderlich halten durfte[18]). Zum Zwecke der Aufbewahrung sind diejenigen Aufwendungen gemacht, bei denen die Absicht vorlag, durch sie die Sache unversehrt zu erhalten und sie vor dem Abhandenkommen zu sichern. Es fallen somit hierunter nicht nur Aufwendungen auf die Sache selbst, sondern auch Aufwendungen für Sicherungsmaßregeln und zur Rettung der Sache aus einer sie bedrohenden Gefahr.

b) Der Verwahrer kann diese Aufwendungen dann nicht ersetzt verlangen, wenn abweichende Vereinbarungen getroffen sind. Solche Vereinbarungen werden häufig als stillschweigend getroffen anzunehmen sein. Wird insbesondere eine Vergütung für die Aufbewahrung entrichtet, so wird es in der Regel dem Willen der Parteien entsprechen, daß der Verwahrer auf seine Kosten für alles zu sorgen hat, was unter gewöhnlichen Umständen zur Aufbewahrung der Sache

---

[14]) Vgl. oben § 33 unter 4b (S. 138). — Für den Fall eines konkurrierenden Verschuldens des Hinterlegers gilt § 254. Ein solches konkurrierendes Verschulden liegt insbesondere vor, wenn der Hinterleger besonders werthvolle Sachen zur Aufbewahrung giebt und es unterläßt, diese Beschaffenheit dem Verwahrer anzuzeigen. Vgl. Prot. II S. 394.

[15]) Wegen der Vergütung steht dem Verwahrer das Zurückbehaltungsrecht nach § 273 zu. § 421 HGB. giebt weitergehend dem Lagerhalter ein Pfandrecht wegen der Lagerkosten.

[16]) Selbst wenn die vorzeitige Beendigung durch ein Verschulden des Verwahrers herbeigeführt worden ist und er in Folge dessen dem Hinterleger schadensersatzpflichtig wird, steht ihm der Anspruch nach § 699 Abs. 2 zu. Hierdurch weicht diese Vorschrift von der des § 628 Abs. 1 ab. (Vgl. oben § 171 S. 630 unter b).

[17]) Abweichendes kann auch stillschweigend vereinbart sein. So kann es unter Umständen dem Willen der Parteien entsprechen, daß eine Regelung, wie sie im § 628 Abs. 1 vorgeschrieben ist, Platz greift. A. hat Sachen einem Spediteur zur Aufbewahrung gegeben. Mitten im Monate verlangt B. aus einem in seiner Person liegenden Grunde die Rücknahme der Sachen (§ 696). A. muß daher die Sachen dem Spediteur C. zur Lagerung übergeben und, da nach dessen Geschäftsusancen der angefangene Monat voll gerechnet wird, Lagergeld für den ganzen Monat bezahlen. Man wird annehmen müssen, daß er dem B. für den Theil des Monats keine Vergütung zu entrichten hat.

[18]) Vgl. hierzu § 670, oben § 184 unten 1 S. 697.

erforderlich ist. Nur wenn außerordentliche Aufwendungen erforderlich werden, wird ihm ein Ersatzanspruch zuzubilligen sein[19]).

c) Sonstige Verwendungen kann der Verwahrer nur wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag ersetzt verlangen.

§ 694. 3. Der Hinterleger ist endlich verpflichtet, dem Verwahrer den Schaden zu ersetzen, der ihm aus der Beschaffenheit der hinterlegten Sache entsteht. Diese Schadensersatzpflicht besteht zwar nur bei einem Verschulden des Hinterlegers, jedoch liegt ihm die Beweislast dafür ob, daß ihn ein Verschulden nicht trifft. Er befreit sich von der Schadensersatzpflicht, wenn er beweist, daß er bei der Hinterlegung[20]) die gefahrdrohende Beschaffenheit der Sache weder gekannt habe noch hat kennen müssen. Er ist ferner von der Haftung frei, wenn er dem Verwahrer die gefahrdrohende Beschaffenheit angezeigt hat, wobei es gleichgültig ist, ob die Anzeige wirklich zur Kenntniß des Verwahrers gelangt ist, wenn sie ihm nur zugegangen und dadurch wirksam geworden ist (§ 130). Der Anzeige durch den Hinterleger steht eine anderweit erlangte Kenntniß des Verwahrers gleich. Daß aber der Verwahrer, dem die gefahrdrohende Beschaffenheit nicht angezeigt worden ist, diese hat kennen müssen, ist unerheblich, denn der Hinterleger hat zwar mit ordnungsmäßiger Sorgfalt zu prüfen, ob durch die Beschaffenheit der Sache dem Verwahrer ein Schaden entstehen könne, dem Verwahrer aber liegt eine Untersuchungspflicht nicht ob.

IV. Die Beendigung des Verwahrungsverhältnisses.

§§ 695, 696. 1. Ist der Verwahrungsvertrag auf unbestimmte Zeit geschlossen, so kann jederzeit der Hinterleger die Rückgabe, der Verwahrer die Rücknahme der hinterlegten Sache verlangen. Ist eine Zeit für die Verwahrung bestimmt, so ist dies nur zu Gunsten des Hinterlegers geschehen. Dieser kann trotzdem die Sache jederzeit zurückfordern[21]), der Verwahrer kann dagegen die Rücknahme vor Ablauf der Zeit nur verlangen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt[22]).

2. Das Verwahrungsverhältniß endigt nicht schon, wenn der Hinterleger die Rückgabe oder der Verwahrer die Rücknahme verlangt, sondern erst mit der thatsächlichen Rückgabe der Sache. Bis zu diesem Zeitpunkte hat der Verwahrer die aus dem Verwahrungsvertrage sich ergebenden Pflichten, so weit diese nicht durch seinen Verzug verschärft oder durch den Annahmeverzug[23]) des Hinterlegers erleichtert sind.

---

[19]) Wer einem Bankier Werthpapiere, einem Spediteur Güter zur Aufbewahrung giebt, braucht keinen besonderen Ersatz zu leisten für die Beschaffung der zur Aufbewahrung erforderlichen Einrichtungen. Muß der Spediteur bei einer plötzlichen Wassersgefahr besondere Aufwendungen zur Rettung der Güter machen, so kann er diese ersetzt verlangen.

[20]) Erfährt der Hinterleger später die gefahrdrohende Beschaffenheit, so muß man ihn gleichfalls für verpflichtet halten, dem Verwahrer hiervon Anzeige zu machen, damit dieser sich entscheiden könne, ob er die Sache behalten oder von dem Rechte des § 696 Gebrauch machen will. Die Beweispflicht dafür, daß der Hinterleger nach der Hinterlegung die Kenntniß erlangt hat, liegt dem Verwahrer ob.

[21]) Erfolgte die Aufbewahrung gegen Entgelt, so gilt dasselbe, was oben Anm. 3 für das pactum de deponendo ausgeführt ist.

[22]) Die Vorschrift des § 696 Satz 2 stimmt mit der des § 671 Abs. 3 überein (vgl. oben § 185 unter 2 S. 699). Die Uebernahme der Aufbewahrung für eine bestimmte Zeit und der Verzicht des Verwahrers, innerhalb einer bestimmten Zeit die Rücknahme zu fordern, sind inhaltlich dasselbe. In beiden Fällen kommt § 696 zur Anwendung.

[23]) Nicht beizupflichten ist der Ansicht Oertmanns (Anm. 3 zu § 696) und Cosacks (I § 154 unter IV, 3d), daß der Hinterleger auch in Schuldnerverzug kommt. Man kann nicht anerkennen, daß dem Verwahrer durch die Vorschrift des § 696 ein klagbares Recht auf Rücknahme der Sache gegeben ist. Der Verwahrer kann beim Verzuge des Hinterlegers nur nach §§ 373ff. verfahren.

3. Der Verwahrer hat dem Hinterleger die Sache in der Beschaffenheit zurückzugeben, in welcher sie ihm übergeben worden ist. Ihn trifft die Beweislast dafür, daß der Untergang oder eine Beschädigung der Sache ohne einen von ihm zu vertretenden Umstand eingetreten ist (§ 282). Sollte er Nutzungen von der Sache gezogen haben, so hat er auch diese herauszugeben[24]).

§ 697. 4. Die Rückgabe hat an demjenigen Orte zu erfolgen, an welchem die Sache nach dem Inhalte des Vertrags[25]) aufzubewahren war. Der Hinterleger muß die Sache beim Verwahrer abholen. Schickt der Verwahrer die Sache dem Hinterleger auf dessen Verlangen zu, so hat dieser die Gefahr und die Kosten der Uebersendung zu tragen[26]).

V. Hinterlegung vertretbarer Sachen.

§ 700. 1. Die Hinterlegung vertretbarer Sachen kann in der Weise erfolgen, daß die hinterlegten Sachen selbst zurückzugeben sind. In diesem Falle kommen alle Bestimmungen über den Hinterlegungsvertrag zur Anwendung, insbesondere trägt der Hinterleger die Gefahr des zufälligen Unterganges[27]).

2. Es kann ferner zwischen den Parteien die Vereinbarung getroffen werden, daß der Verwahrer Eigenthümer der hinterlegten vertretbaren Sachen werden und verpflichtet sein soll, Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren. In diesem Falle finden die Vorschriften über das Darlehen Anwendung, so daß insbesondere der Verwahrer von der Hingabe der Sache an die Gefahr trägt. Nur hinsichtlich der Zeit[28]) und des Ortes[29]) der Rückgabe gelten im Zweifel die Vorschriften über den Verwahrungsvertrag[30]). Die Vereinbarung ist an eine Form nicht gebunden, sie kann auch stillschweigend getroffen werden, außer bei der Hinterlegung von Werthpapieren, bei welcher eine ausdrückliche Vereinbarung erfordert wird[31]).

3. Es ist endlich möglich, daß die vertretbaren Sachen als solche aufbewahrt werden sollen, daß der Hinterleger aber dem Verwahrer gestattet, die

---

[24]) Hinsichtlich der Befugniß des Verwahrers zur Ausübung des Zurückbehaltungsrechts (§ 273) oder zur Aufrechnung gilt — abweichend vom preußischen Rechte (ALR. §§ 363, 364 I, 16) — nichts von den allgemeinen Grundsätzen Abweichendes. (Vgl. M. II S. 579, 580.)

[25]) Ist der ursprüngliche Ort der Aufbewahrung geändert worden, so kommt es darauf an, ob diese Aenderung eine vertragsmäßige oder eine vertragswidrige ist. Vgl. §§ 691, 692.

[26]) Vgl. Planck Anm. 1 zu § 697, Oertmann, Anm. 1 zu § 697.

[27]) Da die zurückzugewährende Sache eine speziell bestimmte ist, kann von einer Anwendung des § 279 keine Rede sein.

[28]) Darin, daß die Sachen jederzeit zurückgefordert werden können, liegt der wesentliche Unterschied gegenüber dem Darlehen. Das Geschäft bleibt ein im Interesse des Gebers geschlossenes Verwahrungsgeschäft, es wird durch die besondere Abrede nicht ein im Interesse des Nehmers geschlossenes Darlehnsgeschäft. (Vergl. Prot. II S. 397.)

[29]) Es kommt also insbesondere nicht § 270, sondern § 697 zur Anwendung. Sendet eine Bank auf Verlangen eines Kunden aus dessen Giroguthaben Geld nach einem anderen Orte, so trägt nicht die Bank, sondern der Kunde die Gefahr (vergl. oben Anm. 26).

[30]) Es ist somit an sich der Schuldner auch zur Aufrechnung befugt. Aus den Umständen des einzelnen Falles wird aber zu entscheiden sein, ob nicht in der Verpflichtung des Schuldners, die vertretbare Sache, insbesondere das Geld, jederzeit dem Gläubiger zurückzugeben oder nach der Bestimmung des Gläubigers an einen Dritten herauszugeben, der Ausschluß des Aufrechnungsrechts enthalten ist. Dies wird insbesondere bei Einzahlungen bei Banken auf Girokonto anzunehmen sein. Prot. II S. 399, RG. Bd. 12 S. 85 ff.

[31]) Prot. II S. 396, 397. Vergl. ferner § 419 HGB. und § 2 des Ges. betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Werthpapiere vom 5. Juli 1896 (RGB. S. 183).

Sachen zu verbrauchen. Diese Gestattung[32]) ändert an sich nichts an den aus dem Verwahrungsvertrage sich ergebenden Rechten und Pflichten der Parteien. Macht der Verwahrer aber von der Erlaubniß des Hinterlegers Gebrauch, so finden von dem Zeitpunkt an, in welchem er sich die Sachen aneignet, die Vorschriften über das Darlehen, außer hinsichtlich des Ortes und der Zeit der Rückgabe, Anwendung. Auch die Gestattung des Verbrauchs muß bei Werthpapieren eine ausdrückliche sein.

Fünfundzwanzigster Titel.

§ 192. Einbringung von Sachen bei Gastwirthen.

Das durch die Aufnahme eines Gastes durch den Gastwirth begründete Rechtsverhältniß (der sog. Gastaufnahmevertrag) hat im Gesetz eine Regelung nicht erfahren[1]); das Gesetz giebt nur Vorschriften über die besondere Haftung des Gastwirths für die eingebrachten Sachen und über das gesetzliche Pfandrecht des Gastwirths.

§ 701.

I. Die besondere Haftung trifft den Gastwirth, der gewerbsmäßig Fremde zur Beherbergung aufnimmt[2]). Der strengen Haftung unterworfen sind somit nicht diejenigen Wirthe, deren Gewerbebetrieb nur darauf gerichtet ist, den bei ihnen verkehrenden Personen Speisen und Getränke zu verabfolgen (Speise- und Schankwirthe)[3]), ebensowenig Wirthe, deren Gewerbebetrieb in der Aufnahme von Fuhrwerk und Thieren besteht (Stallwirthe)[4]). Auch wenn diese Personen

---

[32]) Die Ansicht Oertmanns (Anm. 2 zu § 700), daß der Hinterleger die Gestattung nicht widerrufen könne, erscheint unzutreffend. Kann der Hinterleger die Sache selbst jederzeit zurückfordern, so ist er erst recht befugt, dem Verwahrer die Aneignung zu untersagen. Die Analogie von § 956 Abs. 1 Satz 2, auf welche Oertmann seine Ansicht stützt, paßt nicht, da dort vorausgesetzt ist, daß der Eigenthümer zur Gestattung verpflichtet ist. Ist hier der Hinterleger eine solche Verpflichtung eingegangen, so liegt in Wirklichkeit ein pactum de mutuo dando vor: er hat sich verpflichtet, durch die Ertheilung der Erlaubniß dem Verwahrer ein Darlehen zu geben. Es werden dann auch Zeit und Ort der Rückgabe sich nach den Vorschriften über das Darlehen richten.

[1]) Der Gastaufnahmevertrag stellt sich nicht als eine besondere Vertragsart dar. Da der Vertrag seinem Hauptinhalte nach auf die Beherbergung des aufgenommenen Gastes gerichtet ist, die wesentliche Verpflichtung des Gastwirths also darin besteht, dem Gaste die zur Beherbergung dienenden Räume zum Gebrauche zu überlassen, so stellt sich der Vertrag an erster Stelle als Miethe im Sinne des BGB. dar. Der Umstand, daß der Gastwirth in der Regel zu gewissen Nebenleistungen, insbesondere zur Bedienung des Gastes verpflichtet ist, ändert hieran nichts. Soweit der Gastwirth dem Gaste Beköstigung gewährt, kommen die Grundsätze vom Kaufe zur Anwendung. Daneben kommen häufig selbständige besondere Verträge vor, z. B. Verwahrung, wenn dem Wirthe Sachen zur Aufbewahrung übergeben werden (vgl. § 702), Dienstverträge, wenn der Wirth dem Gaste Dienste leistet, die sich nicht als Nebenleistungen neben der Beherbergung darstellen. Vgl. Langen, die privatrechtliche Stellung der Wirthe und der Gastaufnahmevertrag § 4, Planck, Vorbem. vor § 701 unter I, Endemann I § 186 Anm. 4, ferner oben § 157 Anm. 10.

[2]) Nach § 33 Gewerb.-Ord. ist zum Betriebe des Gewerbes eines Gastwirths die Erlaubniß der Behörde erforderlich. Die Frage, ob diese Erlaubniß ertheilt ist oder nicht, ist jedoch für die privatrechtliche Vorschrift des § 701 gleichgültig. Auch wer ohne Erlaubniß thatsächlich das Gewerbe als Gastwirth betreibt, haftet nach § 701.

[3]) Restaurateure haften für die Sachen, die die Gäste in das Lokal mitbringen, nicht. Ist von dem Restaurateur eine besondere Garderobe eingerichtet, in welcher die Gäste Sachen (Ueberzieher, Hut, Schirm) abgeben, so haftet der Wirth nach Maßgabe der §§ 688 ff.

[4]) Selbstverständlich ist, daß der Gastwirth, der Fremde zur Beherbergung aufnimmt, auch für die von diesen eingebrachten Fuhrwerke und Pferde haftet. Vgl. Prot. II S. 412.

gelegentlich einmal einen Fremden beherbergen, tritt die Haftung aus § 701 nicht ein. Gastwirthe im Sinne des § 701 sind ferner nicht Personen, welche nur Zimmer vermiethen (sog. Chambre-garni-Wirthe)[5]) und ebensowenig die Schlafwagenunternehmer, da ihr Gewerbebetrieb nicht auf die Beherbergung von Personen, sondern auf deren Beförderung nach einem anderen Orte unter Darbietung besonderer Bequemlichkeiten gerichtet ist[6]).

II. Die strenge Haftung des Gastwirths besteht darin, daß er einem Gaste, den er im Betriebe seines Gewerbes aufgenommen hat, den Schaden zu ersetzen hat, den der Gast durch den Verlust oder die Beschädigung eingebrachter Sachen erleidet.

1. Voraussetzung für die Haftung des Gastwirths ist die Aufnahme des Gastes. Das Gesetz verlangt jedoch nicht, daß die Aufnahme eine definitive sei, vielmehr ist die strenge Haftung des Gastwirths auch schon dann begründet, wenn der Gast nur vorläufig aufgenommen worden ist, mag es selbst zu einer definitiven Aufnahme nicht kommen[7]).

2. Die Aufnahme des Gastes muß von dem Gastwirth im Betriebe seines auf die Aufnahme von Fremden zur Beherbergung gerichteten Gewerbes erfolgt sein. Die strenge Haftung tritt somit nicht ein, wenn Jemand, der Gastwirth im Sinne des § 701 ist, Gäste nicht zur Beherbergung, sondern zu anderen Zwecken bei sich aufnimmt[8]), und ebenso nicht, wenn er zwar Personen zur Beherbergung bei sich aufnimmt, aber nicht im Betriebe seines Gewerbes, sondern nur aus freundschaftlichen oder verwandtschaftlichen Gründen.

---

[5]) Dagegen fallen die sog. Familien- oder Fremdenpensionen, welche Fremde vorübergehend zur Beherbergung und Beköstigung aufnehmen, unter die Vorschrift des § 701. (Vgl. Dernburg II § 353 unter II, 1, Oertmann Anm. 1c zu § 701, a. M. Langen, a. a. O. S. 4).

[6]) Ebenso Dernburg II § 353 Anm. 4, Langen a. a. O. S. 6, Mittelstein, die Miethe, § 6 unter 8, A. M. Planck Vorbem. vor § 701 unter III, Fuld in der DJZ. 1900 S. 227, Oertmann, Anm. 1b zu § 701.

[7]) Vgl. Planck Anm. 2a zu § 701, Dernburg § 353 unter II, 2, Oertmann Anm. 3 zu § 701, Langen a. a. O. S. 44 ff. Die Haftung des Wirthes auf Grund des § 701 tritt somit ein, wenn der Reisende mit dem Hotelwagen in das Hotel fährt und ihm während der Fahrt ein Gepäckstück abhanden kommt, oder wenn ihm während der Besichtigung der Zimmer sein in das Hotel mitgebrachtes Gepäck gestohlen wird, selbst wenn er, etwa weil die Zimmer ihm nicht passen oder zu theuer sind, nicht in dem Hotel einkehrt. Nimmt man freilich an, daß die Grundlage für die Haftung des Gastwirths der Gastaufnahmevertrag ist (vgl. M. II S. 585), so liegt es nahe, diese Haftung nur eintreten zu lassen, wenn wirklich ein solcher Aufnahmevertrag abgeschlossen worden ist. Man hat daher die strenge Haftung des Gastwirths in diesen Fällen mit der Konstruktion eines provisorischen Aufnahmevertrags (Oertmann a. a. O.) oder mit der analogen Anwendung des § 701 oder mit der stillschweigenden Zusage des Gastwirths (Langen a. a. O.) zu begründen versucht. Aber das Gesetz verlangt nicht, daß der Gast bereits definitiv zur Beherbergung aufgenommen worden ist, sondern daß er überhaupt nur — wenn auch nur vorläufig und vorübergehend — aufgenommen, nicht zurückgewiesen worden ist. Vgl. auch M. II S. 585, 586. Anders würde daher die Sache liegen, wenn dem Reisenden am Bahnhofe von dem Führer des Hotelwagens mitgetheilt worden ist, es sei im Hotel kein Platz, und er den Hotelwagen nur benutzt hat, um in die Stadt zu fahren, oder wenn der Reisende, dem gesagt worden ist, das Hotel sei besetzt, gebeten hat, sein Gepäck so lange im Hotel liegen lassen zu dürfen, bis er ein anderes Unterkommen gefunden hat. In diesen Fällen hat eine Aufnahme überhaupt nicht stattgefunden und ist daher die Haftung aus § 701 nicht begründet.

[8]) Die Haftung aus § 701 greift z. B. nicht Gästen gegenüber Platz, welche ohne im Hotel zu logieren an der table d'hôte oder an einer im Hotel veranstalteten Festlichkeit theilnehmen. Eine Aufnahme zur Beherbergung setzt übrigens nicht gerade voraus, daß der Gast im Gasthaus übernachtet. Vgl. Langen a. a. O. § 3 Anm. 4, Oertmann Vorb. 2 vor § 701.

3. Voraussetzung für die besondere Haftpflicht des Gastwirths ist ferner die Einbringung von Sachen durch den Gast[9]). Unerheblich ist, ob die Einbringung gleichzeitig mit der Aufnahme des Gastes oder später erfolgt[10]). Für die Einbringung ist jedoch nicht erforderlich, daß die Sachen sich innerhalb des Gasthauses befinden, vielmehr gelten die Sachen schon dann als eingebracht, wenn der Gast sie dem Gastwirth an irgend einem Orte, z. B. am Bahnhof, übergeben oder an einen Ort gebracht hat, der ihm vom Gastwirth angewiesen worden ist[11]). Der Uebergabe an den Gastwirth steht es gleich, wenn die Uebergabe an die Leute des Gastwirths erfolgt ist, welche zur Entgegennahme der Sachen bestellt waren oder von denen auch nur nach den Umständen anzunehmen war, daß sie dazu bestellt waren[12]). Unter den Leuten des Gastwirths sind alle diejenigen Personen zu verstehen, welche von dem Gastwirth innerhalb seines auf den Betrieb der Gastwirthschaft gerichteten Gewerbes angestellt sind[13]). Auch die Anweisung eines Ortes für die Unterbringung der Sachen durch solche Leute steht der Anweisung durch den Gastwirth selbst gleich. Ist dem Gaste ein Ort nicht angewiesen worden, so gelten die Sachen auch dann als eingebracht, wenn der Gast sie an den hierzu bestimmten Ort gebracht hat[14]).

---

[9]) Die Haftung besteht für sämmtliche eingebrachten Sachen, auch für diejenigen, welche der Gast an sich trägt. Wenn z. B. im Hotel dem Gaste die Uhr von einem Taschendieb aus der Tasche gestohlen wird, ist die Haftung aus § 701 begründet. Vgl. Langen a. a. O. § 5 Anm. 27, Oertmann Anm. 3 zu § 701, Endemann I § 186 Anm. 21.

[10]) Die Einbringung kann auch der Aufnahme vorhergehen. Dies kann keinem Bedenken unterliegen, wenn die Aufnahme des Gastes später wirklich erfolgt, wenn der Gast z. B. Sachen an den Gastwirth schickt und ihm mittheilt, daß er demnächst eintreffen werde. Erfolgt sodann die Aufnahme des Gastes, so ist die Haftung aus § 701 nicht erst mit der Aufnahme des Gastes, sondern bereits mit der früheren Einbringung der Sachen begründet. Der Gastwirth haftet für Verlust und Beschädigung, die in der Zwischenzeit eingetreten sind. Wie aber, wenn es zur Aufnahme des Gastes gar nicht kommt, wenn dieser z. B. die Reise aufgiebt? Langen (a. a. O. § 5 Anm. 21) läßt auch in diesem Falle die Haftung aus § 701 Platz greifen. (Vgl. auch Planck Anm. 2a zu § 701 und Oertmann Anm. 3 zu § 701.) Diese Ansicht läßt sich schwerlich aus dem Gesetze begründen. Die Haftung aus § 701 hat eine doppelte Voraussetzung: Einbringung der Sachen und mindestens vorübergehende (vgl. Anm. 7) Aufnahme des Gastes. Liegt eine solche Aufnahme aber überhaupt nicht vor, so kann auch die Haftung aus § 701 nicht eintreten. Die Annahme der vorausgeschickten Sachen durch den Gastwirth erfolgt in Erwartung des Abschlusses eines Gastaufnahmevertrags. Wird ein solcher nicht abgeschlossen, so kann man die Sachen nicht als von einem aufgenommenen Gaste eingebracht bezeichnen. Der Gastwirth haftet somit für vorausgeschickte Sachen, die er angenommen hat, nur nach den Grundsätzen von der Verwahrung, wenn es zu einer — mindestens vorübergehenden — Aufnahme des Gastes nicht kommt.

[11]) Dieser Ort muß sich natürlich nicht innerhalb des Gasthofs befinden; ein solcher Ort ist insbesondere der Hotelwagen.

[12]) Aber in jedem Falle müssen es in Wirklichkeit Leute des Gastwirths sein. Die Uebergabe an Personen, welche sich als Leute des Gastwirths ausgeben, ohne von diesem überhaupt angestellt zu sein, kann die Haftung des Gastwirths nicht begründen. Die Annahme Langens (a. a. O. § 5 Anm. 33 Abs. 10), daß Dernburg entgegengesetzter Ansicht sei, beruht wohl auf einem Mißverständnisse der Ausführungen Dernburgs Bd. II § 353 unter III, 4.

[13]) Vgl. RG. Bd. 7 S. 125 ff

[14]) Auch hier wird man annehmen müssen, daß es genügt, wenn der Gast die Sachen an einen Ort gebracht hat, den er nach den Umständen als zur Aufnahme der Sachen bestimmt ansehen durfte. Befindet sich z. B. in einem Hotel ein besonderer Raum, den der Gastwirth zur Unterbringung der Koffer bestimmt hat, so tritt die Haftpflicht dennoch ein, wenn der Gast, dem hiervon keine Mittheilung gemacht worden ist, seinen Koffer in einen anderen Raum gebracht hat, in welchem sonst allgemein die Koffer untergebracht werden, z. B. in das ihm überlassene Zimmer. Es genügt, daß der Ort nach seiner Beschaffenheit zur Aufnahme der Sachen bestimmt ist. (M. II S. 586.)

4. Die Haftpflicht des Gastwirths besteht darin, daß er für jeden Verlust und für jede Beschädigung der eingebrachten Sachen aufkommen muß. Berechtigt, den Anspruch gegen den Gastwirth geltend zu machen, ist nur der Gast, gleichgültig, ob er der Eigenthümer der eingebrachten Sachen ist oder nicht[15]). Für den Umfang der Schadensersatzpflicht des Gastwirths und für die Art und Weise, wie Schadensersatz zu leisten ist, gelten die allgemeinen Grundsätze.

5. Für die Haftpflicht des Gastwirths ist es grundsätzlich gleichgültig, wodurch der Verlust oder die Beschädigung herbeigeführt worden ist. Ein Verschulden des Gastwirths oder seiner Leute braucht nicht vorzuliegen. Auch für den Schaden, der durch andere Gäste oder dritte Personen herbeigeführt worden ist, muß der Wirth haften. Die Ersatzpflicht tritt jedoch nicht ein:

a) wenn der Schaden von dem Gaste, einem Begleiter des Gastes[16]) oder einer Person, die er bei sich aufgenommen hat[17]), verursacht wird. Dieser Befreiungsgrund — für welchen die Beweislast den Wirth trifft — liegt vor, wenn eine dieser Personen den Schaden herbeigeführt hat. Daß dies schuldhaft geschehen ist, ist nicht erforderlich[18]). Auch wenn die Verursachung des Schadens ohne ein Verschulden erfolgt ist, ist der Wirth von der Haftung frei. Hat der Gast oder eine Person, deren Verschulden der Gast in Gemäßheit des § 278 zu vertreten hat, bei Entstehung des Schadens nur mitgewirkt, und zwar schuldhaft, so greift die Vorschrift des § 254 Platz[19]).

---

[15]) Dies ergiebt sich aus der Vorschrift des Gesetzes („ein Gastwirth . . . hat einem . . . aufgenommenen Gaste den Schaden zu ersetzen . . .") und daraus, daß die Grundlage des Anspruchs der Gastaufnahmevertrag ist. Wird z. B. einem Geschäftsreisenden der Musterkoffer gestohlen, so steht der Anspruch aus § 701 nicht dem Prinzipale, sondern dem Reisenden zu. Vergl. Langen a. a. O. § 5 Anm. 25. Der Umstand, daß der Musterkoffer nicht Eigenthum des Reisenden ist, dieser also keinen Schaden erlitten hat, steht der Klage nicht entgegen. Das zwischen dem Reisenden und dem Prinzipale bestehende Verhältniß berechtigt und verpflichtet Ersteren, auch das Interesse des Prinzipals zu wahren. Vergl. Rehbein II S. 55 unter b. Dadurch, daß der Reisende den Musterkoffer in das Hotel eingebracht hat, hat er auch für das Eigenthum seines Prinzipals ein sicheres Unterkommen schaffen wollen. Der Prinzipal könnte nur auf Grund der Zession des Reisenden klagen. — Der Kutscher eines Bierbrauers hat das Bier den Kunden zuzufahren. Er übernachtet in einem Wirthshaus und bringt Fuhrwerk und Pferde im Stalle des Wirthshauses unter. Daselbst wird ein Pferd getödtet. Auch in diesem Falle steht der Anspruch aus § 701 dem Kutscher und nur dem Kutscher zu.

[16]) Unter den Begleitern des Gastes werden alle diejenigen Personen zu verstehen sein, welche mit dem Gaste zusammen Aufnahme beim Gastwirthe gefunden haben, ohne daß sie einen selbständigen Gastaufnahmevertrag geschlossen haben, also insbesondere seine Familienangehörigen und die Personen, die ihn zum Zwecke seiner Bedienung, seiner Pflege u. s. w. begleiten. Reisen dagegen mehrere Personen, die nicht in einem solchen Verhältnisse zu einander stehen, gemeinschaftlich, so kann man nicht den Einen als Begleiter des Anderen ansehen. Auch wenn nur der Eine die Verhandlungen mit dem Wirthe führt, so wird doch in der Regel mit jedem ein selbständiger Gastaufnahmevertrag geschlossen. Für den Schaden, den der Eine den Sachen des Anderen zufügt, muß der Wirth haften. Abweichend Langen a. a. O. § 8 Anm. 6.

[17]) Dieser Begriff ist ein weiterer, als der der Begleiter des Gastes. Bei sich aufgenommen hat der Gast alle diejenigen Personen, die — wenn auch nur auf kurze Zeit — bei ihm mit seiner Einwilligung verweilen, also insbesondere Personen, die ihn im Hotel besuchen. Wenn sich der Gast z. B. einen Barbier zum Rasieren ins Zimmer kommen läßt und dieser ihn bestiehlt, so haftet der Wirth hierfür nicht.

[18]) Der Wirth ist demgemäß auch dann von der Haftung frei, wenn ein unter 7 Jahr altes Kind des Gastes oder ein Geisteskranker, den der Gast bei sich aufgenommen hat, den Schaden verursacht hat.

[19]) Daß die allgemeine Vorschrift des § 254 auch im Falle des § 701 Platz greift, ist unbedenklich. Vergl. M. II S. 587, Prot. II S. 403. Es ist somit zu unterscheiden:

b) wenn der Schaden durch die Beschaffenheit der Sachen entsteht, und zwar ist es nicht gerade erforderlich, daß durch die Beschaffenheit der beschädigten Sache[20]) der Schaden entstanden ist, der Gastwirth ist vielmehr auch dann von der Haftung frei, wenn durch die Beschaffenheit einer Sache des Gastes der Verlust oder die Beschädigung anderer Sachen des Gastes herbeigeführt worden ist[21]);

c) wenn der Schaden durch höhere Gewalt entsteht[22]);

d) wenn und insoweit durch Vereinbarung zwischen dem Gastwirth und dem Gaste die gesetzlichen Bestimmungen über die Haftpflicht des Gastwirths ausgeschlossen sind. Eine solche Vereinbarung kann unter Umständen auch stillschweigend getroffen werden, nicht aber in der Weise, daß die Erklärung des Wirthes durch einen Anschlag erfolgt, in dem er die Haftung ablehnt, denn ein solcher Anschlag ist nach positiver Gesetzesvorschrift ohne Wirkung[23]).

III. Bei Geld, Werthpapieren und Kostbarkeiten[24]) tritt eine Beschränkung der strengen Haftung des Gastwirths dahin ein, daß er nur bis zum Betrage **§ 702.**

Das bloße objektive Verursachen des Schadens durch den Gast befreit den Wirth schlechthin; eine objektiv bei der Entstehung des Schadens mitwirkende Handlung des Gastes ist einflußlos; liegt in der bei der Entstehung des Schadens mitwirkenden Handlung ein Verschulden des Gastes, so bestimmen sich die Folgen nach § 254.

[20]) Z. B. das Verderben von Nahrungsmitteln, das Vertrocknen von Flüssigkeiten, das Zugrundegehen eines Thieres an einer Krankheit, vgl. Langen a. a. O. § 8 S. 98, Oertmann Anm. 5b zu § 701. Werden dagegen durch die Beschaffenheit der Sachen eines Gastes die Sachen eines anderen Gastes beschädigt (z. B. ein Gast führt Explosivstoffe bei sich, durch welche Sachen anderer Gäste zerstört werden), so bleibt letzterem der Wirth haftbar, sofern nicht etwa der Schaden als durch höhere Gewalt entstanden anzusehen ist.

[21]) M. II S. 587.

[22]) Ueber den Begriff der höheren Gewalt vgl. oben § 63 Anm. 28, ferner Langen a. a. O. § 17, Dernburg II § 69. Höhere Gewalt liegt vor, wenn es sich um ein Ereigniß handelt, das bei Anwendung aller Sorgfalt nicht abgewendet werden kann, wobei aber nicht jede denkbare Sorgfalt verlangt werden darf, insbesondere nicht eine solche, bei deren Anwendung der Weiterbetrieb des Gewerbes nicht mehr möglich erscheint. (Vgl. RG. Bd. 21 S. 13 ff.: „Von demjenigen, der bis zur höheren Gewalt zu haften hat, muß allerdings nachgewiesen werden, daß auch mit Aufbietung der äußersten Vorsicht und Sorgfalt und Aufwendung aller Kräfte, welche dem Menschen überhaupt zu Gebote stehen, das schädigende Ereigniß nicht abgewendet oder unschädlich gemacht werden konnte. Aber hierbei kommen doch nur solche Mittel in Betracht, deren Anwendung überhaupt möglich ist, ohne den wirthschaftlichen Erfolg des Unternehmens vollständig auszuschließen.") Vgl. ferner RG. Bd. 44 S. 27 ff. Hieraus ergiebt sich, daß man auch nicht zwischen Unfällen, die von innen kommen, und solchen, die von außen kommen, unterscheiden darf, wie Oertmann (Anm. 5c zu § 701) es thut, der ein von innen kommendes Brandunglück nicht als höhere Gewalt ansehen will, wohl aber eine von außen kommende Feuersbrunst. Vgl. hiergegen die Beispiele in Anm. 20, ferner Dernburg II § 69 unter III, Langen a. a. O. S. 87.

[23]) Wenn Oertmann (Vorbem. 4 vor § 701) den Inhalt des § 701 Abs. 3 dahin wiedergiebt, daß eine einseitige Ablehnung des Wirthes zum Ausschlusse der Haftung ungeeignet ist (ähnlich Dernburg II § 353 unter VI), so wird er der gesetzlichen Vorschrift nicht gerecht. Daß eine einseitige Erklärung des Gastwirths seine Haftung nicht beseitigen kann, ist selbstverständlich und bedurfte keines besonderen Ausspruchs. Die Bedeutung des § 701 Abs. 3 liegt darin, daß die zu einer Vereinbarung über den Ausschluß oder die Beschränkung der Haftung erforderliche Erklärung des Wirthes nicht in der Weise abgegeben werden kann, daß der Wirth seinen Willen nur durch einen Anschlag zu erkennen giebt. Selbst wenn der Gast den Anschlag gelesen und sich mit dessen Inhalte sogar ausdrücklich einverstanden erklärt hat (indem er z. B. dem Portier gegenüber geäußert hat, der Inhalt des Anschlags sei ihm zwar unangenehm, er wolle aber trotzdem in dem Gasthaus einkehren), liegt kein wirksamer Ausschluß der Haftung vor, denn es fehlt an einer rechtsgültigen Willenserklärung des Gastwirths. Vgl. M. II S. 587.

[24]) Ueber den Begriff der Kostbarkeiten s. oben § 108 Anm. 2.

von eintausend Mark haftet. Diese Beschränkung bezieht sich auf sämmtliche von dem Gaste und seinen Begleitern[25]) eingebrachten Werthsachen[26]) und tritt auch dann ein, wenn innerhalb eines Gastaufnahmevertrags mehrere schädigende Ereignisse eingetreten sind[27]).

Diese Beschränkung tritt jedoch nicht ein:

1. wenn der Gastwirth die Werthsachen in Kenntniß dieser ihrer Eigenschaft[28]) zur Aufbewahrung übernommen hat. Hat eine solche Uebernahme durch den Gastwirth oder eine Person, welche ihn in dieser Beziehung zu vertreten befugt ist[29]), stattgefunden, so tritt die unbeschränkte Haftung des Gastwirths ein und zwar in Gemäßheit des § 701, nicht nur nach den Grundsätzen des Verwahrungsvertrags[30]);

2. wenn der Gastwirth es ablehnt, die Werthsachen zur Aufbewahrung zu übernehmen. Das Gesetz will dadurch, daß es die unbeschränkte Haftung des Gastwirths für Werthsachen an die Voraussetzung knüpft, daß ihm die Werthsachen zur Aufbewahrung übergeben werden, dem Gastwirthe die Möglichkeit verschaffen, die große Gefahr, welche mit der Haftung für die vom Gaste eingebrachten Werthsachen verbunden ist, von sich abzuwenden, indem er selbst für die sorgfältige Verwahrung der Werthsachen sorgt. Lehnt er es ab, selbst die Werthsachen in Verwahrung zu nehmen, so muß er, der Regel des § 701 entsprechend, die unbeschränkte Haftung für die Werthsachen übernehmen.

---

[25]) Die Frage ist bestritten. Planck (Anm. 2 zu § 702) und Langen a. a. O. § 9 Anm. 12 nehmen an, daß, falls Mehrere gemeinschaftlich in einem Hotel Aufnahme gefunden haben, insbesondere wenn eine ganze Familie daselbst abgestiegen ist, der Gastwirth jedem Einzelnen für dessen Werthsachen bis zum Betrage von 1000 M. hafte. Oertmann (Anm. 1 zu § 702) nimmt mit den Prot. II S. 410 an, daß der Wirth nur im Ganzen bis zu 1000 M. hafte. Nach Dernburg II § 353 Anm. 9 ist zu unterscheiden, ob es sich um bloße Begleitung des Gastes handelt oder ob selbständige Familienglieder vereint reisen. Man wird Folgendes annehmen müssen: Für die Haftung aus § 702 kommen, wie ausdrücklich bestimmt ist („nach § 701"), alle Vorschriften des § 701 zur Anwendung. Die Haftung des Gastwirths ist also nur dem aufgenommenen Gaste gegenüber begründet. Es wird hiernach zu untersuchen sein, ob mit den mehreren Personen nur ein Gastaufnahmevertrag geschlossen ist oder ob mehrere selbständige Aufnahmeverträge vorliegen. Vgl. oben Anm. 16.

[26]) Selbstverständlich ist, daß, wenn der Schaden Geld und Werthpapiere und Kostbarkeiten trifft, z. B. dem Gaste baares Geld und Schmucksachen gestohlen werden, für alle Werthsachen zusammen die Maximalgrenze maßgebend ist.

[27]) Vgl. Langen a. a. O. § 9 Anm. 11. A. M. Dernburg II § 353 Anm. 9. Das Gesetz schränkt die gesammte Haftung des Gastwirths, nicht die aus einem Schadensfall, auf den Maximalbetrag ein. Würden also dem Gaste erst Werthsachen für 800 Mark gestohlen und verbrennen ihm dann solche im Werthe von 600 Mark, so hat der Wirth zusammen nur 1000 Mark zu zahlen.

[28]) Eine weitere Kenntniß, insbesondere um welche Art von Werthsachen es sich handelt und wie hoch ihr Werth ist, wird nicht erfordert. Es kann aber unter Umständen die Vorschrift des § 254 Platz greifen, wenn der Gast es unterläßt, den Wirth auf einen ungewöhnlichen hohen Werth der ihm übergebenen Werthsachen aufmerksam zu machen. — Wodurch der Wirth die Kenntniß erlangt, daß die ihm zur Aufbewahrung übergebenen Sachen Werthsachen sind, ist unerheblich; eine Anzeige durch den Gast ist nicht gerade nothwendig.

[29]) Die Uebernahme durch die „Leute" des Gastwirths genügt nicht, um den Gastwirth zu verpflichten.

[30]) Die Fassung des Gesetzes läßt hieran keinen Zweifel. Die Uebernahme der Werthsachen durch den Gastwirth zur Aufbewahrung begründet nicht einen gewöhnlichen Verwahrungsvertrag, sondern die unbeschränkte Haftung als Gastwirth. Der Gastwirth kann sich daher nicht durch den Beweis, daß er die Pflichten eines Verwahrers erfüllt hat, (vgl. oben § 191 unter IV, 3 S. 718), sondern nur in Gemäßheit des § 701 exkulpieren. Vgl. M. II S. 589.

Es ist daher gleichgültig, aus welchem Grunde die Ablehnung erfolgt, insbesondere haftet der Gastwirth auch dann unbeschränkt, wenn er die Aufbewahrung deshalb ablehnt, weil er keinen sicheren Aufbewahrungsort hat[31]). Die Ablehnung setzt nicht voraus, daß dem Wirthe die Werthsachen zur Aufbewahrung angeboten worden sind, sie kann vielmehr auch allgemein, insbesondere durch einen Anschlag erfolgen[32]);

3. wenn der Schaden von dem Gastwirth oder von seinen Leuten verschuldet ist. Die Handlung, durch welche der Schaden schuldhaft herbeigeführt worden ist, kann sich als eine unerlaubte Handlung im Sinne der §§ 823 ff.[33]) oder als eine Verletzung der durch den Gastaufnahmevertrag begründeten vertraglichen Pflichten darstellen[34]).

IV. Um dem Gastwirthe die Möglichkeit zu geben, bei dem Verlust oder der Beschädigung der von dem Gaste eingebrachten Sachen den Thatbestand sofort zu ermitteln, legt das Gesetz dem Gaste die Verpflichtung auf, unverzüglich, nachdem er von dem Verlust oder der Beschädigung Kenntniß erlangt hat, dem Gastwirth Anzeige zu machen, widrigenfalls sein Anspruch erlischt[35]). Dem Gastwirth liegt die Beweislast dafür ob, daß die Anzeige nicht oder nicht rechtzeitig erstattet ist[36]). Der Anzeige bedarf es jedoch nicht, wenn es sich um Sachen handelt, welche dem Gastwirthe zur Aufbewahrung übergeben waren. § 703.

V. Die besondere Haftpflicht des Gastwirths beruht auf der doppelten Voraussetzung des Abschlusses eines Gastaufnahmevertrags und der Einbringung von Sachen. Die Haftung endet daher, wenn eine dieser Voraussetzungen wegfällt.

1. Die Haftung des Gastwirths endet in der Regel mit der Beendigung des Gastaufnahmevertrags. Die strenge Haftung des Gastwirths besteht daher nicht hinsichtlich solcher Sachen, welche der Gast in dem Gasthause zurückläßt. Dies muß auch in Ansehung derjenigen Sachen gelten, welche mit dem Willen des Gastwirths zurückgelassen oder ihm von dem Gaste mit dem Auftrag übergeben sind, sie ihm nachzusenden. Der Gastwirth haftet in solchen Fällen nur nach den Regeln des Verwahrungsvertrags[37]).

---

[31]) Vgl. M. II S. 589, Prot. II S. 408. Selbstverständlich kann der Ausschluß der Haftung vereinbart werden.

[32]) Vgl. Planck Anm. 3 b zu § 702, Oertmann Anm. 2 b zu § 702, Dernburg II § 353 unter IV, 2.

[33]) Z. B. Diebstahl durch einen Angestellten des Gastwirths. Es ist hierbei besonders zu beachten, daß das Verschulden eines der Angestellten des Gastwirths schlechthin dessen unbeschränkte Haftung zur Folge hat und daß dem Gastwirth nicht der Exkulpationsbeweis aus § 831 offen steht. Vgl. M. II S. 589, Prot. II S. 409.

[34]) M. II S. 589 heben als Beispiele hervor, daß der Wirth es unterläßt, für die Sicherheit der von dem Gaste eingebrachten Sachen durch gehörige Beschaffenheit der dem Gaste angewiesenen Behältnisse, durch Verschlossenhalten der Thür während der Abwesenheit des Gastes, durch Fernhalten verdächtiger Personen von den Logierräumen u. s. w. zu sorgen. Den Beweis für das Verschulden hat der Gast zu führen.

[35]) Es erlischt, wie das Gesetz sagt, der dem Gaste auf Grund der §§ 701, 702 zustehende Anspruch. Kann also der Schadensersatzanspruch auf einen anderen Grund, insbesondere eine unerlaubte Handlung des Gastwirths oder seiner Leute (§ 831), gestützt werden, so hat die unterlassene Anzeige das Erlöschen dieses Anspruchs nicht zur Folge. Vgl. Langen a. a. O. § 9 S. 123. — Zu bemerken ist noch, daß für die Ansprüche aus den §§ 701, 702 keine besondere Verjährungsfrist vorgeschrieben ist.

[36]) Prot. II S. 411.

[37]) Vgl. M. II S. 586, Oertmann Anm. 3 zu § 701, Neumann Anm. 3 zu § 701, Endemann I § 186 Anm. 14. — Langen § 5 S. 60 und ebenso Dernburg II § 353 unter II, 2 nehmen dagegen an, daß bei Sachen, die der Gast dem Wirthe mit dem Auftrag übergiebt, sie ihm nachzusenden, die strengere Haftung bis zur Nachsendung bestehen bleibt. Vgl. auch Planck Anm. 5 zu § 701.

2. Die Haftung erlischt ferner, wenn die Sachen nicht mehr als eingebrachte im Sinne des § 701 anzusehen sind. Dies ist der Fall, wenn die Sachen aus dem Hotel entfernt sind[38]) wie auch wenn sie zwar innerhalb des Hotels bleiben, aber vom Gaste in Räume gebracht werden, welche zur Aufnahme eingebrachter Sachen nicht bestimmt sind[39]).

§ 704. VI. Ebenso wie dem Vermiether steht auch dem Gastwirthe wegen seiner Forderungen an den Gast ein gesetzliches Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Gastes zu.

1. Das Pfandrecht steht dem Gastwirthe für seine Forderungen für Wohnung und andere dem Gaste[40]) zur Befriedigung seiner Bedürfnisse gewährte Leistungen mit Einschluß der Auslagen zu. Unter die Forderungen für Wohnung fällt nicht nur der von dem Gaste zu zahlende Miethzins, sondern auch jeder Anspruch, der sich auf die Benutzung der Wohnung bezieht, also auch ein Entschädigungsanspruch des Gastwirths wegen vertragswidrigen Gebrauchs der Wohnung durch den Gast[41]). Die sonstigen Leistungen mit Einschluß der Auslagen müssen, wenn sie durch das gesetzliche Pfandrecht gesichert sein sollen, dem Gaste zur Befriedigung seiner Bedürfnisse gewährt sein. Hierunter wird man diejenigen Bedürfnisse verstehen müssen, welche in einem Gasthause befriedigt zu werden pflegen, so daß dem Gastwirthe das Pfandrecht nicht zusteht für Leistungen an den Gast, die mit dem Aufenthalt in einem Gasthause in keiner Verbindung stehen[42]).

2. Das Pfandrecht des Gastwirths erstreckt sich nur auf diejenigen eingebrachten[43]) Sachen, welche Eigenthum des Gastes sind. Sachen, die einem

---

[38]) Beraubt ein Angestellter des Gastwirths ein ihm vom Gaste zur Besorgung zur Post übergebenes Packet innerhalb des Hotels, so haftet der Wirth nach § 701, entfernt er sich zuerst aus dem Hotel und beraubt er sodann das Packet, so ist die Haftung des Wirthes aus § 701 nicht begründet. — Aus der Fiktion des § 701 Abs. 2 folgt jedoch, daß die strenge Haftung des Wirths noch besteht, während das Gepäck des Gastes von den Leuten des Gastwirths oder in dem Hotelwagen zur Bahn befördert wird. Die Sachen sind während dieses Zeitraums noch eingebrachte und der Gastaufnahmevertrag erfährt nach dem Willen der Parteien seine völlige Beendigung erst, wenn dem Gaste am Bahnhofe sein Gepäck übergeben wird.

[39]) Vgl. Langen a. a. O. § 5 Anm. 37. Wenn z. B. der Hotelgast sich in das im Hotel befindliche öffentliche Restaurant begiebt und ihm dort sein Ueberzieher gestohlen wird, so haftet der Wirth nicht aus § 701; wird dem Gaste dagegen der Ueberzieher in den für die Hotelgäste bestimmten Restaurationsräumen gestohlen, so ist die Haftung begründet.

[40]) Auch die den Begleitern, insbesondere den Familienmitgliedern des Gastes, gemachten Leistungen sind in der Regel dem Gaste geleistet und daher durch das Pfandrecht gesichert. Anders wird es bei solchen Leistungen sein, von denen der Gastwirth weiß oder annehmen muß, daß sie gegen den Willen des Gastes gewährt sind. Wegen dieser Leistungen hat der Gastwirth keine Forderung an den Gast, also auch kein Pfandrecht an dessen Sachen.

[41]) Vgl. oben § 157 unter 4 (S. 569). — Die Vorschrift des § 559 Satz 2 (vgl. oben § 157 S. 570) findet auf das Pfandrecht des Gastwirths keine Anwendung. Dem Gastwirthe steht somit das Pfandrecht auch für eine noch nicht fällige Entschädigungsforderung zu. Vgl. Langen § 10 Anm. 2.

[42]) Unter die Vorschrift des § 704 fallen insbesondere die Forderungen für Beköstigung, für Bedienung, für Wäsche, Auslagen für Briefmarken, für Droschken, für Theaterbillets usw., nicht aber dem Gaste gewährte Darlehen.

[43]) Der Begriff der eingebrachten Sachen ist im § 704 derselbe wie im § 701, so daß auch die Fiktion des § 701 Abs. 2 gilt. Vgl. oben unter II, 3 S. 721. Es ist also zur Entstehung des Pfandrechts nicht unter allen Umständen nothwendig, daß die Sachen in das Gasthaus eingebracht sind. Vgl. Langen § 10 Anm. 9.

Dritten, insbesondere den Begleitern des Gastes gehören, unterliegen dem Pfandrechte nicht[44]).

3. Im Uebrigen gelten für das Pfandrecht des Gastwirths dieselben Grundsätze wie für das Pfandrecht des Vermiethers; es kommen die Vorschriften des § 559 Satz 3 und der §§ 560 bis 563 zur entsprechenden Anwendung[45]).

Sechsundzwanzigster Titel.

Die Gesellschaft.[1])

§ 193. Begriff und Erfordernisse.

I. Gesellschaft ist das durch den Gesellschaftsvertrag begründete Rechtsverhältniß, die auf Vertrag beruhende Gemeinschaft mehrerer Personen, welche sich gegenseitig verpflichten, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes zu fördern[2]).

II. Erforderniß für das Vorhandensein einer Gesellschaft ist hiernach, daß die Gemeinschaft auf einem Gesellschaftsvertrage beruht.

---

[44]) Vgl. oben § 157 unter 2 (S. 568). Die Annahme Dernburgs (II § 353 unter VIII), daß das Pfandrecht auch an den Sachen der Begleitung des Gastes bestehe, erscheint unbegründet.

[45]) Vgl. das Nähere hierüber oben §§ 157—159 S. 568 ff. Hervorzuheben ist, daß das Pfandrecht des Gastwirths nicht unter allen Umständen mit der Entfernung der Sachen von dem Hotelgrundstück erlischt. Die entsprechende Anwendung des § 560 Satz 1 führt zu der Annahme, daß das Pfandrecht erst erlischt, wenn die Sachen aufhören, die Eigenschaft der eingebrachten Sachen zu besitzen. Wenn der Gast z. B. erklärt, die Sachen sollen ihm zum Bahnhofe gebracht werden, er werde dort die Rechnung bezahlen, so bleibt das Pfandrecht solange bestehen, als die Sachen dem Gaste noch nicht ausgehändigt sind, sondern sich noch im Besitze der Leute des Gastwirths befinden. — Im § 563 treten an die Stelle des Miethzinses alle diejenige Forderungen, wegen deren dem Gastwirthe nach § 704 das Pfandrecht zusteht.

[1]) Knoke, das Recht der Gesellschaft nach dem BGB. (Jena 1901); Müller, die Gesellschaft, in Seufferts Bl. f. Rechtsanw. Jahrg. 63 S. 405 ff.

[2]) Gesellschaft ist nicht zu identifizieren mit Gesellschaftsvertrag. Letzterer ist der Entstehungsgrund für erstere. Das BGB. wählt als Titelüberschriften für die einzelnen Schuldverhältnisse theils die Bezeichnung für das betreffende Schuldverhältniß, z. B. Kauf, Tausch, Miethe, Leihe, Gesellschaft, Gemeinschaft usw., theils auch das Rechtsgeschäft oder die Rechtshandlung, durch welche das Schuldverhältniß begründet wird, z. B. Dienstvertrag, Werkvertrag, Mäklervertrag, Auslobung, Schuldversprechen, unerlaubte Handlungen usw. Die Ueberschrift des vierzehnten Titels bildet die Bezeichnung des Rechtsverhältnisses, „Gesellschaft"; § 705 giebt nicht eine Begriffsbestimmung dieses Rechtsverhältnisses — das BGB. pflegt sich regelmäßig derartiger Begriffsbestimmungen zu enthalten — sondern bestimmt den Inhalt des Gesellschaftsvertrags. — In den Bestimmungen der §§ 705 ff. wird das durch den Gesellschaftsvertrag begründete Rechtsverhältniß theils „Gesellschaft" theils „Gesellschaftsverhältniß" genannt, ersteres da, wo die mit einer gewissen Selbständigkeit ausgestattete Vereinigung der Gesellschafter als solche bezeichnet werden soll, letzteres, wo es sich um die rechtlichen Beziehungen der einzelnen Gesellschafter zu einander handelt. Vergl. z. B. § 709 Abs. 1 „Geschäfte der Gesellschaft", § 716 Abs. 1 „Angelegenheiten der Gesellschaft", „die Geschäftsbücher und die Papiere der Gesellschaft", § 718 Abs. 1 „die für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände", § 721 „Auflösung der Gesellschaft", Abs. 2 „Gesellschaft von längerer Dauer" usw. (§§ 723—730, 732, 736—738) und andererseits § 717 „Ansprüche, die den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsverhältnisse gegen einander zustehen", § 725 Abs. 2 „die sich aus dem Gesellschaftsverhältniß ergebenden Rechte des Gesellschafters" (vgl. auch § 713). Bezeichnend ist, daß in den §§ 714, 715 von der Ermächtigung eines Gesellschafters die Rede ist, „die anderen Gesellschafter", nicht „die Gesellschaft", Dritten gegenüber zu vertreten.

1. Die Gemeinschaft muß auf einem Vertrage beruhen; ohne Vertrag giebt es keine Gesellschaft[3]). Beispielsweise stellt sich die Gemeinschaft, welche unter den bisherigen Eigenthümern beweglicher Sachen durch deren Verbindung oder Vermischung entsteht (§§ 947, 948, 1008 ff.), ebensowenig als eine Gesellschaft dar als die durch den Erbfall begründete Gemeinschaft der Miterben (§§ 1922 Abs. 1, 2032 ff.).

2. Der Vertrag, auf dem die Gemeinschaft beruht, muß ein Gesellschaftsvertrag sein. Deshalb sind z. B. keine Gesellschaften die Gemeinschaften der Eheleute in Ansehung ihres Vermögens, die Gütergemeinschaft (§§ 1438 ff.), die Errungenschaftsgemeinschaft (§§ 1519 ff.), die Fahrnißgemeinschaft (§§ 1549 ff.). Sie beruhen zwar auf Vertrag (§ 1432), aber nicht auf einem Gesellschaftsvertrage.

§ 705. 3. Gesellschaftsvertrag ist der Vertrag, durch den sich die Vertragschließenden (die Gesellschafter) gegenseitig verpflichten, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern (§ 705).

a) Voraussetzung für den Abschluß eines Gesellschaftsvertrags ist das Vorhandensein eines gemeinsamen Zweckes, den die Vertragschließenden erreichen wollen. Welcher Art dieser Zweck ist, ist grundsätzlich gleichgültig. Insbesondere ist es nicht erforderlich, daß es sich um einen Vermögenszweck handelt. Die Grenze des Zulässigen bilden auch hier allein das Gesetz und die guten Sitten, gegen die der gemeinsame Zweck nicht verstoßen darf[4]). Beim Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen liegt danach beispielsweise eine Gesellschaft im Sinne des BGB. vor, wenn Gegenstand des Vertrags der gemeinsame Betrieb eines Erwerbsgeschäfts ist oder der gemeinschaftliche Erwerb eines Gegenstandes[5]), das gemeinsame Halten einer Zeitung, das gemeinschaftliche Unternehmen einer Vergnügungsreise, die Veranstaltung einer Theateraufführung, das gegenseitige Vorlesen von Gedichten seitens der Verfasser, die Ertheilung von Fortbildungsunterricht an Arbeiter. Auch soweit es sich hierbei nicht um wirthschaftliche Zwecke handelt, liegt eine Gesellschaft im Rechtssinne dann vor, wenn die Absicht der Kontrahenten auf die Uebernahme rechtlich bindender und klagbarer Verpflichtungen, nicht nur auf die Uebernahme gesellschaftlicher oder mora-

---

[3]) Knoke S. 12. — Auf Gemeinschaften, welche nicht auf Vertrag beruhen, finden, sofern sich nicht aus dem Gesetz ein Anderes ergiebt, die §§ 742 ff. Anwendung (§ 741).

[4]) Siehe oben § 71 S. 291. Vgl. hierzu M. II S. 591, 594, Knoke S. 14 ff. 18, Müller S. 407, Planck Anm. 1a zu § 705, Dernburg II § 355, 3; Oertmann Vorbem. 2 vor § 705, siehe S. Goldmann Bd. II S. 465 unter b, aa. Ebenso schon für das gemeine Recht Windscheid Pand. II § 405 Anm. 7, für das preußische Recht Dernburg PP. II § 214 Anm. 2, dagegen Eccius II § 143 unter I.

[5]) Zu beachten ist, daß es sich um den von den Gesellschaftern mit einander geschlossenen Vertrag handelt, durch den sie sich zwecks Erwerbes des Gegenstandes vereinigen, nicht um den von den Gesellschaftern über den Erwerb des Gegenstandes mit dem Dritten geschlossenen Vertrag. Dieser ist kein Gesellschaftsvertrag. Dadurch allein, daß Mehrere gemeinschaftlich mit einem Dritten einen Vertrag schließen, wird unter ihnen ein Gesellschaftsverhältniß nicht begründet. Ob ein solches vorliegt, hängt von den dem gemeinschaftlichen Erwerbe zu Grunde liegenden Vereinbarungen der Vertragschließenden ab (Vgl. Cosack II § 265 I, 3, Knoke S. 14). Wenn A. und B. zusammen eine Droschke nehmen, so liegt darin nicht die Begründung einer Gesellschaft. Wenn sie dagegen verabreden, daß sie zusammen eine Droschke nehmen wollen, so gehen sie damit, beim Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen (siehe z. B. bei Anm. 6), ein Gesellschaftsverhältniß ein, dessen Gegenstand das gemeinsame Nehmen der Droschke ist. Soll A. diese besorgen, so ist er der Geschäftsführer (§ 709) und Vertreter (§ 714). B. ist verpflichtet, die Hälfte zu den Kosten der Droschke beizutragen (§ 706 Abs. 1), den Betrag dem A. vorzuschießen oder, falls A. ihn verauslagt hat, zu ersetzen (§§ 713, 669, 670).

lischer Verpflichtungen gerichtet ist[6]). — Verstößt der gemeinsame Zweck, dessen Förderung den Gegenstand des Vertrags bildet, gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten oder ist er unmöglich, so ist der Vertrag nichtig (§§ 134, 138, 306); er ist nicht geeignet, eine Gesellschaft zu begründen[7])[8]).

b) Der Zweck, um den es sich handelt, muß ein allen Vertragschließenden gemeinsamer sein, d. h. alle Vertragschließenden müssen einen und denselben Zweck erreichen wollen, und die Förderung der Erreichung dieses gemeinsamen Zweckes muß den Gegenstand des Vertrags bilden. Es ist nicht ausreichend, daß die Parteien gleichartige Zwecke verfolgen; es genügt aber, daß sie einen der von ihnen verfolgten Zwecke[9]) gemeinsam haben und daß sie dessen Förderung zum Gegenstande des Vertrags machen[10]).

---

[6]) Wenn sich einige junge Leute zusammenthun, um sich gegenseitig ihre Gedichte vorzulesen, so wird es sich regelmäßig nicht um Verabredungen handeln, die auf dem Rechtsgebiete liegen. Das Gleiche kann bei Kaffeekränzchen, Klubs u. s. w. der Fall sein. Alle diese Vereinigungen können sich aber auch sehr wohl als Gesellschaften im Rechtssinne darstellen (a. M. Endemann I § 181 Anm. 2 a. E., vergl. dagegen Knoke S. 16), z. B. wenn die Theilnehmer eine rechtliche Verpflichtung übernehmen, Beiträge zu zahlen, zur Vermeidung einer Vertragsstrafe die Zusammenkünfte zu besuchen oder bei diesen pünktlich zu erscheinen. Ob Verpflichtungen der letzteren Art wirksam oder als gegen die guten Sitten verstoßend nichtig sind (§ 138, siehe oben § 71 Anm. 2 S. 291), ist nach den Umständen des einzelnen Falles zu beurtheilen.

[7]) Nichtig würde z. B. ein Vertrag sein, durch den eine Erwerbsgesellschaft zur Beförderung verschlossener Briefe gegen Bezahlung (Postgesetz vom 28. 10. 1871 § 1, Ges. vom 20. 12. 1899 Art. 1—3) oder zum Abschusse von Börsentermingeschäften in Getreide (Börsengesetz vom 22. 6. 1896 § 50 Abs. 3) oder ein Spielklub gewerbsmäßiger Hazardspieler (Str.GB. § 284) begründet werden soll (B.G.B. § 134). Dagegen ist ein Vertrag wirksam, durch den ein Spielklub begründet wird, bei dem es sich um erlaubte Spiele handelt (z. B. ein Skatklub, Kegelklub), oder eine Gesellschaft zum gemeinsamen Abschlusse von Differenzgeschäften oder zum gemeinsamen Spielen in einer staatlich genehmigten Lotterie, selbst wenn die Genehmigung in einem anderen Bundesstaate erfolgt und das Spielen in dieser Lotterie unter Strafe gestellt ist. (Preuß. Ges. vom 29. 7. 85.) In letzterem Falle ist der Lotterievertrag nach § 763 verbindlich (R.G. Bd. 48 S. 175 ff.). Aber auch in den übrigen Fällen verstößt der gemeinsame Zweck nicht gegen ein gesetzliches Verbot, wenn auch durch das Spiel eine Verbindlichkeit nicht begründet wird (§ 762, vergl. R.G. Bd. 43 S. 148 ff., abweichend Bd. 40 S. 259). Siehe auch unten S. 734 Anm. 28 über den Fall des § 310.

[8]) Ist der Zweck unmöglich, so ist der Vertrag nach § 306 nichtig, denn bei der Unmöglichkeit des Zweckes ist auch die Leistung, auf die der Vertrag gerichtet ist, die Förderung der Erreichung des Zweckes, unmöglich. Vgl. E. I § 629 Abs. 2, Prot. II S. 416, 417. Zwar bestimmt § 705, daß sich die Gesellschafter verpflichten, ... „insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten", und diese Leistung wird auch bei der Unmöglichkeit des Zweckes regelmäßig möglich sein. Aber es handelt sich hier nur um eine inkorrekte Ausdrucksweise des Gesetzes. Gemeint ist, daß die Gesellschafter sich verpflichten, die Erreichung des Zweckes zu fördern, „insbesondere durch Leistung der vereinbarten Beiträge". Vergl. E. I § 629 Abs. 1.

[9]) Mit jeder Thätigkeit wird in der Regel eine ganze Reihe von Zwecken verfolgt. Es ist nicht erforderlich, daß die ganze Reihe für alle Vertragschließenden übereinstimmt, es reicht vielmehr aus, daß die verschiedenen Reihen in einem Zwecke zusammentreffen. Lehrreich ist in dieser Beziehung das von Knoke S. 14 angeführte Beispiel, daß Mehrere sich zusammen einen Waggon Kohlen kommen lassen. Nach Knoke sollen in diesem Falle nur gleichartige Zwecke vorliegen; die Gemeinschaftlichkeit werde dadurch vermittelt, daß sich die gleichartigen Zwecke nur oder besser durch Zusammenschluß verschiedener Personen verwirklichen ließen. Die Absicht der Parteien gehe allerdings nicht auf gemeinschaftliches Behalten, sondern auf alsbaldige Theilung der Kohlen. Die Gemeinschaftlichkeit des Zweckes sei aber damit gegeben, daß die Kohlen bei gemeinsamem Bezuge billiger seien. Liege lediglich ein gemeinsames Kaufen vor, hätten die Parteien gar keinen Vortheil von der Vereinigung, dann liege allerdings keine Gesellschaft vor. Hätten sie dagegen irgend welche Vortheile von dem Zusammenschlusse, so stehe der Annahme eines Gesellschaftsvertrags nichts entgegen. Diese ganze Argumentation ist mit ihren Schlüssen eine irrige.

c) Die Vertragschließenden müssen den gemeinsamen Zweck zum Gegenstande des Vertrags machen, indem sie sich gegenseitig verpflichten, die Erreichung des gemeinsamen Zweckes zu fördern. Für das Vorliegen einer Gesellschaft genügt es nicht, daß die Parteien in Folge des Vertragschlusses thatsächlich gemeinsame Zwecke verfolgen, sondern es muß für sie eine Verpflichtung vorliegen, diese Zwecke zu fördern. Daher wird z. B. durch den Abschluß sogenannter partiarischer Rechtsgeschäfte ein Gesellschaftsverhältniß nicht begründet. Hier verfolgen zwar regelmäßig beide Theile, da der eine dem Anderen einen Antheil an dem Ertrage zugesichert hat, gemeinsam den Zweck, einen Ertrag zu erzielen, aber der Versprechende verpflichtet sich nicht dem Anderen gegenüber, die Erreichung dieses Zweckes zu fördern. Den Gegenstand des Vertrags bildet hier der Austausch anderer Leistungen, nicht die gegenseitige Förderung des gemeinsamen Zweckes[11]). Auf derartige Verträge finden die Vorschriften der §§ 705 ff. nicht Anwendung[12])[13]).

Richtig ist, daß ein bloßes gemeinsames Kaufen noch keinen Gesellschaftsvertrag darstellt (siehe oben Anm. 5). Dagegen dürfte es darauf, ob die Parteien einen Vortheil von dem Zusammenschlusse haben, nicht ankommen. Der billigere Einkauf ist das Motiv für den Zusammenschluß, für die rechtliche Charakterisierung des Vertrags ist er ohne Bedeutung (siehe auch unten Anm. 17). A. und B. wollen jeder mit einem Anderen zusammen einen Waggon Kohlen kommen lassen, Jeder, um einen halben Waggon zu behalten, um mit den Kohlen die Geschäftsräume zu heizen, um in diesen auch im Winter sein Geschäft betreiben zu können, um dadurch seinen Lebensunterhalt zu verdienen u. s. w. A. und B. verfolgen hier bis auf den ersten nur gleichartige Zwecke: Jeder will für sich einen halben Waggon Kohlen behalten, seine Geschäftsräume heizen u. s. w. Dagegen ist der erste Zweck ein gemeinsamer: Beide wollen zusammen einen Waggon Kohlen kommen lassen. Schließen sich A. und B. zusammen, um die Erreichung dieses Zweckes zu fördern, so schließen sie einen Gesellschaftsvertrag. Der Zweck, dessen Förderung den Gegenstand des Vertrags bildet, ist hier also das gemeinschaftliche Kommenlassen eines Waggons Kohlen. Ist dieser gekauft und angekommen, so ist der vereinbarte Zweck erreicht und die Gesellschaft beendigt (§ 726). Es hat nunmehr die Auseinandersetzung zu erfolgen (§ 730). A. und B. können auch eine Gesellschaft bilden, um zusammen Kohlen nicht nur zu kaufen, sondern auch sie zu behalten, sie demnächst mit Gewinn weiter zu verkaufen u. dergl. Aber dies schließt nicht aus, daß auch das bloße Kommenlassen der gemeinsame Zweck sein kann. Ob A. und B. von dem gemeinschaftlichen Bezuge den erhofften Vortheil haben oder ob ein solcher überhaupt den Beweggrund für den Vertragschluß bildete, ist für die rechtliche Natur des Vertrags völlig unerheblich. Auch wenn A. und B. sich nur zusammengethan haben, weil sie dem Verkäufer der Kohlen durch den Kauf eine Gefälligkeit erweisen wollen, und selbst wenn sie in Folge dessen theurer kaufen, als jeder für sich hätte kaufen können, liegt ein Gesellschaftsvertrag vor.

[10]) A., ein junger Deutscher, will die englische Sprache, B., ein junger Engländer, die deutsche Sprache erlernen. Beide wollen auf diese Weise ihre Sprachkenntnisse vermehren. Sie verabreden, daß B. dem A. englischen, A. dem B. deutschen Unterricht ertheilen soll. Gegenstand des Vertrags ist hier nicht die Förderung des gemeinsamen Zweckes — Vermehrung der Sprachkenntnisse —, sondern die Ertheilung von Unterricht. Es liegen zwei mit einander verbundene Dienstverträge vor, nicht ein Gesellschaftsvertrag. Wenn sich dagegen C., D. und E., welche die englische Sprache erlernen wollen, zusammenthun, um zu diesem Zwecke auf gemeinschaftliche Kosten einen Lehrer zu halten, Konversationsabende einzurichten u. s. w., so bilden sie eine Gesellschaft.

[11]) Vgl. Crome, die partiarischen Rechtsgeschäfte S. 8 ff., S. 24, Knoke S. 12 ff., Dernburg II § 355 I, 5, Cosack II § 265 I, 4, 5. Wenn Jemand einen Handlungsgehülfen gegen Gehalt und Tantième anstellt oder wenn ein Kaufmann ein Darlehen erhält gegen Zinsen und einen Antheil am Reingewinne des Geschäfts, so liegen trotz der Gewinnbetheiligung keine Gesellschaftsverträge, sondern Dienstvertrag beziehungsweise Darlehen vor. Der Gegenstand des Vertrags ist hier nicht der gemeinschaftliche Betrieb eines Geschäfts, sondern die Leistung von Diensten (vgl. RG. in der JW. 1903 Beil. 2 S. 17), die Hingabe des Darlehens. Die Gewinnbetheiligung bildet hier die vereinbarte Vergütung (§ 611) beziehungsweise den Ersatz für den dem Gläubiger entgehenden Genuß des Kapitals

d) Die Verpflichtung der Gesellschafter, die Erreichung des gemeinsamen Zweckes zu fördern, muß eine gegenseitige sein. Der Gesellschaftsvertrag ist danach ein gegenseitiger Vertrag; die Förderung des gemeinsamen Zweckes durch den einen Theil bildet das Entgelt für die Förderung des gemeinsamen Zweckes durch die anderen Gesellschafter[14]). Hieraus ergiebt sich einmal, daß die fragliche Verpflichtung den einzelnen Gesellschaftern, nicht der Gesellschaft gegenüber besteht[15]), und ferner, daß jeder Vertragschließende die fragliche Verpflichtung übernehmen muß. Aus dem letzteren Umstande folgt weiter, daß kein Gesellschaftsvertrag, sondern regelmäßig eine Schenkung vorliegt, wenn nur der eine Theil sich verpflichtet, die Erreichung des gemeinsamen Zweckes zu fördern[16]),

---

(siehe oben § 74 S. 295), nicht den Antheil am Gewinn einer Gesellschaft im Sinne des § 722. Vgl. RG. in Gruchot Bd. 47 S. 402 und Crome a. a. O. S. 163 ff., 365 ff.

[12]) Insbesondere ist z. B. der Prinzipal dem tantièmeberechtigten Handlungsgehülfen, der Darlehensempfänger dem am Gewinne betheiligten Darleiher gegenüber nicht zur Förderung des Geschäfts (§ 705) verpflichtet. Sie haften nach § 276, nicht nach § 708. Der Handlungsgehülfe, der Darleiher sind als solche weder zur Geschäftsführung noch zur Vertretung berechtigt oder verpflichtet (§§ 709, 714), sie haben nicht ohne weiteres ein Recht auf Einsicht der Bücher und Papiere und auf Anfertigung einer Vermögensübersicht (§ 716), ihre Ansprüche sind übertragbar (§ 717) u. s. w. Aus der Einräumung eines Ertragsantheils folgt jedoch z. B., daß dem Berechtigten ein Anspruch auf Vorlegung der Bilanz und, soweit dies zu deren Prüfung erforderlich ist, auf Einsicht der Bücher und Papiere zusteht. Vgl. über den commis interessé näheres bei Staub Anm. 4ff. zu § 65 HGB., S. Goldmann I S. 285 unter 2.

[13]) Im einzelnen Falle kann es zweifelhaft sein, ob ein partiarisches Rechtsgeschäft oder ein Gesellschaftsverhältniß vorliegt. Insbesondere werden im Verkehre nicht selten Rechtsgeschäfte, die sich rechtlich als Gesellschaftsverträge darstellen, mit anderen technischen Ausdrücken bezeichnet. Die als Darlehen bezeichnete Geldhingabe bildet bisweilen eine Beitragsleistung im Sinne der §§ 705ff., die Gewinnbetheiligung nicht den Ersatz für den entzogenen Kapitalgenuß, sondern den Ertrag des Geschäfts, zu dessen Förderung der Geldgeber durch die Geldhingabe beiträgt. Dann liegt ein Geschäftsverhältniß, nicht ein Darlehen vor. — Häufig wird die Betheiligung beider Theile nicht nur am Gewinne, sondern auch am Verlust ein Merkmal für das Vorliegen einer Gesellschaft sein. Doch ist dies nicht immer der Fall. A. verkauft dem B. sein Grundstück für 50000 Mk. Außerdem wird vereinbart, daß beim Weiterverkaufe des Grundstücks durch B. A. ein Viertel des erzielten Gewinns erhalten solle. Hier liegt nur eine eigenthümliche Berechnung des Kaufpreises vor, nicht ein Gesellschaftsverhältniß. Das Gleiche ist aber auch der Fall, wenn A. nicht nur am Gewinne, sondern auch am Verluste mit einem Viertel betheiligt sein soll. Das RG. (Bd. 52 S. 36) nimmt hier ohne Bedenken ein Gesellschaftsverhältniß an. Von einem solchen könnte aber nur dann die Rede sein, wenn sich A. verpflichtet hätte, den Verkauf des Hauses in irgend einer Weise zu fördern, z. B. durch Beschaffung eines Maklers, Bemühung um einen Käufer oder dergl. Anderenfalls handelt es sich auch hier nur um eine eigenartige Berechnung des Kaufpreises. Es ist nicht ersichtlich, worin das Gesellschaftsverhältniß gefunden werden soll.

[14]) Siehe oben § 96 S. 371. Daran, daß der Gesellschaftsvertrag ein gegenseitiger Vertrag ist, kann gegenüber der ausdrücklichen Bestimmung des § 705 kein Zweifel sein. Hierüber scheint denn auch in der Literatur Einigkeit zu bestehen. (Vgl. aber Endemann I § 181 Anm. 10.) Dagegen herrscht lebhafter Streit über die Anwendung der §§ 320ff. auf Gesellschaftsverträge. Siehe hierüber unten § 194 unter 4 S. 738 ff.

[15]) Vgl. M. II S. 594, Planck Anm. 2, b zu § 705, Oertmann Anm. 3 zu § 705. Der Anspruch auf Bewirkung der zur Förderung des gemeinsamen Zweckes versprochenen Leistungen, z. B. auf Leistung der Beiträge, kann daher gegen einen Gesellschafter von allen Uebrigen gemeinschaftlich oder auch von jedem einzelnen geltend gemacht werden, doch kann der Einzelne nicht Leistung an sich, sondern nur Leistung an alle fordern (vgl. § 432).

[16]) Was Gegenstand der Schenkung ist, ist eine Frage des einzelnen Falles. Unrichtig ist die Annahme, daß stets der Gewinn geschenkt sei. A. und B. vereinbaren, daß sie zusammen ein Loos in der Preußischen Lotterie spielen wollen, das A. allein bezahlen soll. Auf das Loos fällt ein Gewinn. Der gemeinsame Zweck, der zum Gegenstande des Vertrags gemacht ist, ist das Spielen des Looses. Es liegt aber kein Gesellschaftsvertrag

und daß andererseits niemals eine Schenkung vorliegen kann, wenn alle Theile die in Rede stehende Verpflichtung übernehmen. Ob alle oder nur einzelne am Gewinn oder Verluste der zur Erreichung des gemeinsamen Zweckes geschlossenen Geschäfte betheiligt sind, ist für die rechtliche Natur des Vertrags völlig gleichgültig[17]). Wesentlich für den Gesellschaftsvertrag ist nur die gegenseitige Verpflichtung, die Erreichung des zum Gegenstande des Vertrags gemachten gemeinsamen Zweckes zu fördern, nicht die Theilnahme an dem wirthschaftlichen Erfolge der gemeinschaftlichen Thätigkeit. Ohne Beitragspflicht aller kann ein Gesellschaftsverhältniß unter ihnen nicht bestehen; die Gewinnbetheiligung aller

---

vor, sondern eine Schenkung, da zwar A., aber nicht B. eine Beitragsleistung übernommen hat. Geschenkt ist der Anteil am Loose, nicht der Gewinn. Auf das Rechtsverhältniß zwischen A. und B. finden nach Vollzug der Schenkung die §§ 742 ff., nicht 705 ff., Anwendung. — C. schließt mit D. einen Vertrag, dessen Inhalt nur darin besteht, daß C. den D. auf 5 Jahre mit einem Viertel an dem Gewinne seines Geschäfts betheiligt, ohne daß sich D. zu irgend einer Leistung verpflichtet. Hier ist ein gemeinsamer Zweck, zu dessen Erreichung sich C. und D. verbunden hätten, nicht vorhanden. Es liegt lediglich eine Schenkung des Gewinnantheils vor, auf die ausschließlich die §§ 519 ff. Anwendung finden.

[17]) Ein gegenseitiger Vertrag kann niemals eine Schenkung sein. Die Vertragschließenden tauschen, auch wenn ein Theil nicht am Gewinn oder Verluste betheiligt ist, Leistungen gegen einander aus (siehe bei Anm. 14), eine unentgeltliche Zuwendung findet also nicht statt. Daß eine Gesellschaft vorhanden sein kann, auch wenn ein Theil nicht am Verluste theilnimmt, ist anerkannt. Vergl. Koch Anm. 99 zu § 245 I, 17 ALR., RG. in der J. W. 1903 Beil. 2 S. 17, RG. Bd. 3 S. 9, Bd. 31 S 35, Planck Anm. zu § 722, Dernburg II § 361 II, Knoke S. 51, Staub Anm. 5 zu § 105 HGB., HGB. § 336 Abs. 2. Dagegen herrscht in der Literatur im Anschluß an das frühere Recht (vergl. l. 29 § 2 D. 17, 2, Windscheid Pand. II § 405 Anm. 15, § 245 I, 17 ALR.) und an die M. II S. 594 fast Einstimmigkeit darüber, daß ein Vertrag, nach dem ein Vertragschließender vom Antheil am Gewinn ausgeschlossen ist (societas leonina), kein Gesellschaftsvertrag sei. (A. M., soweit ersichtlich, allein Dernburg II § 361 Anm. 2.) Hiergegen ist zu bemerken: 1. Eine positive Bestimmung über die Streitfrage enthält das BGB. nicht (vergl. dagegen HGB. § 336 Abs. 2 für die stille Gesellschaft). § 705 ergiebt, daß wesentlich für den Gesellschaftsvertrag nur die Verpflichtung zur Förderung des Gesellschaftszwecks, insbesondere die Beitragsleistung ist, nicht aber die Theilnahme am Gewinn oder Verluste. 2. Der Satz der M. (II S. 594): „Aus der Gemeinsamkeit des vereinbarten Zweckes folgt, daß im Wesen der Gesellschaft die Antheilnahme eines jeden Gesellschafters an diesem Zwecke liegt", ist richtig, denn ohne diese Antheilnahme wäre eben der Zweck kein gemeinsamer. Aber die Folgerung, welche die M. hieraus ziehen, daß deshalb ein Vertrag, nach welchem ein Theil zwar am Verluste, nicht aber am Gewinne betheiligt sein soll, kein Gesellschaftsvertrag sei, ist unrichtig. Der grundlegende Irrthum, auf welchem diese Ansicht beruht, besteht in der Annahme, als sei ausschließlich oder auch nur regelmäßig die Gewinnerzielung der gemeinsame Zweck des § 705, in der Verwechslung des gleichartigen Beweggrundes der Parteien zum Vertragschlusse mit dem zum Gegenstande des Vertrags gemachten gemeinsamen Zwecke (siehe oben Anm. 9). Wenn sich A. B. und C. zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts zusammenthun, so ist für jeden die Gewinnerzielung Ursache und Endzweck des Vertragschlusses, aber nicht dessen Gegenstand. Jeder will, um den von ihm verfolgten Endzweck zu erreichen, mit den Anderen gemeinsam ein Geschäft betreiben. Der Geschäftsbetrieb ist der allen gemeinsame Zweck und dessen Förderung bildet den Gegenstand des Gesellschaftsvertrags. Auf diesem Standpunkte steht auch das HGB. in den §§ 105, 161. Danach ist eine offene Handelsgesellschaft und eine Kommanditgesellschaft unter den sonstigen Voraussetzungen, „eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes (nicht auf Gewinnerzielung) gerichtet ist." (Vergl. auch BGB. §§ 21, 22 und oben § 17 S. 54 ff.) Die von den Motiven mit Recht geforderte Antheilnahme an dem bezeichneten Zwecke ist danach im gegebenen Falle der Antheil an dem gemeinsamen Gewerbe, nicht der Antheil an dem durch dieses erzielten Gewinne. 3. Die Gewinnbetheiligung kann um so weniger ein wesentliches Merkmal für das Vorliegen einer Gesellschaft sein, als die Absicht einer Gewinnerzielung keineswegs für die Gesellschaft wesentlich ist. Wenn mehrere Personen eine Bibel-Gesellschaft gründen, um Bibeln zu kaufen und unentgeltlich zu vertheilen, wenn Mehrere sich zu einer Gesellschaft zusammenthun, um ein wissenschaftliches Unternehmen zu fördern, Wohlthätigkeit zu üben

ist weder eine unbedingte Voraussetzung noch ein sicheres Merkmal für das Vorhandensein einer Gesellschaft[18].

e) Der Gesellschaftsvertrag muß die Art und Weise bestimmen, in der die Gesellschafter die Erreichung des gemeinsamen Zweckes zu fördern verpflichtet sind. Das Gesetz hebt hervor, daß sie insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten haben. Es ist nicht erforderlich, daß der Vertrag ausdrückliche Bestimmungen über die Art der Verpflichtung, über die Beitragspflicht, die Höhe der Beiträge trifft. Die Verpflichtung zur Förderung des Gesellschaftszwecks besteht, soweit nicht besondere gesetzliche Bestimmungen gegeben sind (vgl. z. B. § 706 Abs. 1), in dem Umfang und in der Weise, wie sich dies aus dem gesammten Inhalte des Vertrags nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte ergiebt (§§ 157, 242)[19].

Die Beitragspflicht ist, wie das Gesetz ausdrücklich bestimmt und wie bereits hervorgehoben worden ist, wesentlich[20]. Ihr Bestehen kann sich, auch wenn sie nicht mit ausdrücklichen Worten im Vertrage bestimmt ist, aus dessen übrigem Inhalt ergeben[21]. Die Höhe der Beiträge ist in Ermangelung einer anderen Vereinbarung für alle die gleiche (§ 706 Abs. 1)[22]. Was die Art der Beiträge betrifft, so brauchen sie nicht in Geld, sie können z. B. auch in der Ueberlassung von Sachen und in der Leistung von Diensten bestehen (§ 706 Abs. 2, 3)[23]. Die Beitragsleistung ist, wenn auch die wichtigste, so doch nicht die einzige Weise, in der die Gesellschafter nach dem Vertrage verpflichtet sein können, die Erreichung des gemeinsamen Zweckes zu fördern. Auch in dieser Beziehung können sich und werden sich häufig aus dem Gesellschaftsvertrage bei richtiger Auslegung (§ 157) weitere Verpflichtungen für die Gesellschafter ergeben, z. B. die Verpflichtung, sich in eigenen Angelegenheiten solcher Handlungen zu enthalten, welche die Erreichung des Gesellschaftszwecks vereiteln können, die Verpflichtung zur Diskretion und dergl.[24]. Immer aber erstreckt sich die Verpflichtung der Gesellschafter, die Erreichung des gemeinsamen Zweckes zu fördern, nur auf die durch den Vertrag bestimmte Weise der Förderung. Darüber hinaus besteht eine Verpflichtung der Gesellschafter nicht (vgl. z. B. § 707)[25]. Deshalb ist der Gesellschaftsvertrag als

und dergl., so errichten sie Gesellschaften im Sinne des § 705 (siehe oben unter 3 a S. 728), auch wenn jede Gewinnerzielung von vornherein ausgeschlossen ist. Wenn danach die Absicht einer Gewinnerzielung garnicht zum Begriff einer Gesellschaft gehört, so kann der Ausschluß eines Theiles von der Gewinnbetheiligung der Annahme eines Gesellschaftsverhältnisses nicht entgegenstehen.

[18]) Siehe auch oben Anm. 13 S. 731.

[19]) Vgl. hierzu E. I §§ 629, 632, M. II S. 601, Prot. II S. 416, 418, Oertmann Anm. 2 b zu § 705, Planck Anm. 2 a zu § 705.

[20]) Vgl. auch RG. in der JW. 1903 Beil. 5 S. 42 Nr. 87.

[21]) Wenn A. und B. verabreden, das Gasthaus X. zusammen zu kaufen und zu betreiben, so liegt darin, auch wenn es nicht besonders zum Ausdrucke gelangt, die Vereinbarung, daß Jeder die zur Erreichung des gemeinsamen Zweckes erforderlichen Beiträge leisten soll.

[22]) Näheres über die Beitragspflicht siehe unten § 194 S. 735 ff.

[23]) Eine Gesellschaft ist auch vorhanden, wenn zu dem gemeinsam zu betreibenden Geschäfte der eine Theil nur Geld, der andere nur seine geschäftliche Thätigkeit beiträgt.

[24]) Vgl. M. II S. 601, Prot. II S. 416, Oertmann Anm. 2, b zu § 705, Knoke S. 32, S. Goldmann II Nr. 9 zu § 105 HGB.

[25]) Beispielsweise besteht ein dem § 112 HGB. entsprechendes Konkurrenzverbot nicht. Der Gesellschafter des bürgerlichen Rechtes darf, falls der Vertrag nicht entgegengesetztes bestimmt, ohne Einwilligung der anderen Gesellschafter in dem Geschäftszweige der Gesellschaft Geschäfte machen und sich an einer anderen gleichartigen Gesellschaft betheiligen. Vgl. Müller S. 407, auch Staub Exkurs zu § 342 HGB. Anm. 23.

eines wesentlichen Erfordernisses entbehrend unwirksam, wenn er die Weise, in der die Vertragschließenden zur Förderung des Gesellschaftszwecks verpflichtet sein sollen, weder ausdrücklich noch stillschweigend bestimmt, wenn insbesondere eine solche Bestimmung auch durch eine Auslegung des Vertrags gemäß § 157 nicht festgestellt werden kann.

f) Ein Gesellschaftsvertrag ist nicht nur derjenige Vertrag, durch den die Gesellschaft errichtet wird, sondern auch jeder spätere das Gesellschaftsverhältniß, wenn auch nur in einzelnen Beziehungen, regelnde Vertrag[26]). Dagegen ist ein Vorvertrag, durch den sich die Vertragschließenden zur demnächstigen Eingehung einer Gesellschaft verpflichten, als solcher kein Gesellschaftsvertrag. Er kann aber auch gleichzeitig das zukünftige Gesellschaftsverhältniß regeln. Dann stellt er sich insoweit als Gesellschaftsvertrag dar[27]).

g) Eine Form ist für den Gesellschaftsvertrag nicht vorgeschrieben; er kann daher auch stillschweigend geschlossen werden[28]).

4. Kein Erforderniß für das Vorhandensein einer Gesellschaft ist ein gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter. Wenn ein solches auch in der Mehrzahl der Fälle thatsächlich vorhanden sein wird, so ist es doch begrifflich weder für die Entstehung noch für den weiteren Bestand der Gesellschaft erforderlich[29]).

5. Fehlt eines der unter 3a—e dargestellten Erfordernisse des Gesell-

---

[26]) Dies ist von Wichtigkeit z. B. für die Anwendung der §§ 723 Abs. 1 S. 2, 727 Abs. 2 S. 1, 729, 736. Als ein Gesellschaftsvertrag stellt sich z. B. die Vereinbarung dar, daß einem bisher von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter diese übertragen werden soll.

[27]) In dieser Weise löst sich wohl die Differenz zwischen Oertmann Anm. 5 zu § 705 und Staub Anm. 4 zu § 109 HGB. Die Verpflichtung, später ein Gesellschaftsverhältniß einzugehen, bildet an sich keinen Gesellschaftsvertrag, z. B. die bisweilen in Darlehensverträgen mit Gesellschaften getroffene Bestimmung, daß die Gesellschafter bis zu einem gewissen Zeitpunkte verpflichtet sind, den Darleiher auf sein Verlangen als Gesellschafter aufzunehmen. Hier liegt ein bloßes pactum de ineunda societate vor. Ist gleichzeitig bestimmt, daß der Darleiher im Falle seiner Aufnahme in die Gesellschaft mit einem Drittel an Gewinn und Verlust betheiligt, daß er zur Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet sein, daß er die Gesellschaft vertreten soll und dergl., so ist mit dem Vorvertrag ein Gesellschaftsvertrag verbunden, dessen Wirkung von dem Verlangen der Aufnahme seitens des Darleihers abhängig gemacht ist.

[28]) Enthält der Gesellschaftsvertrag Verpflichtungen, deren Uebernahme einer Form bedarf, verpflichtet sich z. B. der eine Theil, ein Grundstück in die Gesellschaft einzubringen (§ 313), so ist nur für diese Verpflichtung die vorgeschriebene Form erforderlich. In deren Ermangelung wird aber regelmäßig der ganze Vertrag nichtig sein (§ 139). Vgl. E. Goldmann No. 6 zu § 105 HGB. — Ein Vertrag, durch den sich die Vertragschließenden verpflichteten, alles, was sie in Zukunft erwerben, in die Gesellschaft einzubringen (allgemeine Vermögensgesellschaft), ist nach § 310 nichtig. Vgl. M. II S. 187 Anm. 1, S. 595. Zulässig ist dagegen z. B. ein Vertrag, durch den sich A. und B. gegenseitig verpflichten, ihr gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen zusammen zu verwalten und die Erträge gemeinsam zu ihrem Lebensunterhalte zu verwenden. Vgl. Dernburg II § 356 I 1.

[29]) Vergl. RG. in der JW. 1903 Beil. 2 S. 17, Nagler, die gesammte Hand im Gesellschaftsrechte, Sächs. Arch. Bd. 10 S. 730. Allerdings ist die Beitragspflicht wesentlich (s. oben Anm. 20) und die Beiträge werden nach § 718 gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter. Aber der Anspruch auf die Beiträge gehört nicht zum Gesellschaftsvermögen, sondern zum Vermögen der einzelnen Gesellschafter (s. oben Anm. 15) und die Vorschrift des § 718 ist nur eine dispositive (s. unten § 197 unter 7 S. 761). Wenn A., B. und C. eine Gesellschaft bilden, um den D. auf gemeinschaftliche Kosten studieren zu lassen, unter der Vereinbarung, daß A. die erforderlichen Beträge verauslagen und zu je einem Drittel von C. und D. wieder einziehen soll, so kann niemals ein Gesellschaftsvermögen entstehen. Die eingezogenen Beträge gehören zum Vermögen des A., sie werden nicht Gesellschaftsvermögen (vergl. §§ 713, 670). Siehe auch Nagler a. a. O. Anm. 96.

schaftsvertrags und kommt dieser deshalb nicht zu stande oder ist er aus irgend einem Grunde nichtig, so ist in Ermangelung ihrer wesentlichen Voraussetzung[30]) eine Gesellschaft nicht vorhanden. Eine wichtige Folge hiervon ist, daß auf Rechte, welche die Vertragschließenden gemeinschaftlich erwerben, die Vorschriften über die Gemeinschaft (§§ 742 ff.), nicht die Vorschriften über die Gesellschaft, insbesondere nicht die §§ 718, 719, Anwendung finden (§ 741).

§ 194. Rechtsverhältniß der Gesellschafter unter einander.

1. Beiträge und Einlagen.

Das Rechtsverhältniß der Gesellschafter unter einander richtet sich zunächst nach dem Gesellschaftsvertrage[1]). Soweit der Gesellschaftsvertrag keine abweichenden Vorschriften enthält, gilt Folgendes:

Die Gesellschafter sind verpflichtet, die Erreichung des gemeinsamen Zweckes, welche den Gegenstand des Vertrags bildet, in der durch diesen bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten (§ 705)[2]). Die Beiträge können in der Einbringung von Geld, in der Uebertragung des Eigenthums an Sachen, in der Uebertragung von Rechten, in der Ueberlassung der Benutzung eines Gegenstandes, in der Leistung von Diensten bestehen (§§ 706 Abs. 2, Abs. 3, 733 Abs. 2). Die geleisteten Beiträge bezeichnet das Gesetz als Einlagen[3]).

1. Welche Beiträge die Gesellschafter zu leisten haben, wird in erster Reihe **§ 706.**

---

[30]) Siehe oben S. 728 unter II, 1.

[1]) Zwar enthält das BGB. keine dem § 109 HGB. entsprechende Vorschrift. Jedoch sind die Bestimmungen der §§ 706 ff. dispositiver Natur, soweit sich nicht aus ihnen selbst das Gegentheil ergiebt (vergl. §§ 716 Abs. 2, 723 Abs. 3). Siehe oben § 8 S. 32, **Planck** Vorbem. IV vor § 705, Neumann Vorbem. 2 vor § 705, **Knoke** S. 21, S. 23. Zwingend ist die Vorschrift des § 705 in dem Sinne, daß eine Gesellschaft nur vorliegt, wenn der Inhalt des Vertrags den Vorschriften des § 705 entspricht. Siehe oben § 193 unter II, 5 S. 734, Neumann a. a. O. Auf einzelne Vorschriften wird in Ansehung ihrer zwingenden oder dispositiven Natur noch später des Näheren einzugehen sein.

[2]) Siehe oben § 193 unter II, 3 e S. 733.

[3]) Vergl. M. II S. 597. Nach Staub, Exkurs zu § 122 HGB. Anm. 3, soll Einlage nur eine Art des Beitrags sein, nämlich der Beitrag verkehrsfähiger Objekte (Geld, Sachen, Rechte, Rechtsbeziehungen, auch rein wirthschaftliche Güter, soweit sie Gegenstände von entgeltlichen Erwerbsgeschäften sein können) im Gegensatze zum Beitrage von Dienstleistungen, welche zwar unter den weiteren Begriff der Beiträge, nicht aber unter den engeren der Einlagen fielen. Wenn das Gesetz im § 733 Abs. 2 S. 3 von Einlagen spreche, die in der Leistung von Diensten bestanden haben, so beruhe dies nur auf einer Unsicherheit der Terminologie. Dies ist unzutreffend. Die Terminologie des BGB. ist eine durchaus sichere. Das Gesetz bezeichnet ausnahmslos die von den Gesellschaftern zu bewirkenden Leistungen als Beiträge (§§ 705, 706, 707, 718, 735 S. 2), die bewirkten Leistungen als Einlagen (§§ 707, 733 Abs. 2 und 3, 734, 735 S. 1, 739). Es kann dahin gestellt bleiben, ob dieser Sprachgebrauch der Natur der Sache und der Erfahrung des Lebens widerspricht (vergl. Staub a. a. O.). Auch wenn dies der Fall wäre, darf das Gesetz nicht anders als unter Zugrundelegung dieser feststehenden Terminologie ausgelegt werden. Danach ist die von Staub aus seiner Ansicht gezogene Folgerung irrig, daß Dienstleistungen keine wahren Einlagen sein können, daß deshalb für sie bei der Auseinandersetzung kein Ersatz verlangt werden könne und daß sich hieraus die Vorschrift des § 733 Abs. 2 S. 3 ergebe. Die letztere Vorschrift wäre überflüssig, wenn die geleisteten Dienste im Sinne des Gesetzes keine Einlage wären, da im S. 2 des § 733 Abs. 2 nur die Rückerstattung der Einlagen, nicht der Beiträge angeordnet ist. Im übrigen kann im Gesellschaftsvertrag ein Ersatz für geleistete Dienste bei der Auseinandersetzung vereinbart werden, so daß sie auch sehr wohl Einlagen im Staub'schen Sinne sein können. Vgl. auch S. Goldmann Nr. 6 zu § 109 H. G. B.

durch den Gesellschaftsvertrag bestimmt[4]). In Ermangelung einer anderen Vereinbarung haben die Gesellschafter nach Art und Größe gleiche Beiträge zu leisten (§ 706 Abs. 1)[5]). Die Vereinbarung kann auch stillschweigend getroffen werden. Geht sie dahin, daß die Gesellschafter dasjenige beizutragen haben, was zur Erreichung des Gesellschaftszwecks erforderlich ist[6]), so erschöpft sich die Beitragspflicht nicht in den zunächst gemachten Einlagen. Die Gesellschafter haben auch weiterhin die etwa erforderlichen Beiträge zu leisten, da hier die durch das Erforderniß bestimmten Beiträge die vereinbarten sind[7]). Wenn dagegen die Beiträge ausdrücklich oder stillschweigend fest bestimmt sind, so sind die Gesellschafter zu einer Erhöhung der vereinbarten Beiträge oder zur Ergänzung der durch Verlust verminderten Einlagen in keinem Falle gegenseitig verpflichtet (§ 707)[8]). Dies gilt auch dann, wenn der gemeinsame Zweck ohne Erhöhung der Beiträge oder Ergänzung der Einlage nicht erreicht werden kann. Der einzelne Gesellschafter ist auch zur Erhöhung seines Beitrags oder zur Ergänzung der durch Verlust verminderten Einlage ohne Zustimmung der anderen Gesellschafter nicht berechtigt, selbst wenn deren Antheil am Gewinne trotz der Beitragserhöhung des Anderen der gleiche bleiben soll. Eine solche Erhöhung verstößt gegen den Gesellschaftsvertrag[9]). — Die Weigerung eines Gesellschafters, seinen Beitrag zu erhöhen oder seine Einlage zu ergänzen, giebt den übrigen Gesellschaftern kein Recht, den Vertrag vorzeitig zu kündigen oder den die Erhöhung oder Ergänzung verweigernden Gesellschafter aus der Gesellschaft auszuschließen, selbst wenn anderenfalls die Erreichung des gemeinsamen Zweckes unmöglich ist[10]).

§ 707.

---

[4]) Siehe oben § 193 unter II, 3, e. a. E. S. 733 ff.

[5]) Die Vorschrift des § 706 Abs. 1 bezieht sich nicht nur auf die Größe, sondern auch auf die Art des Beitrags. Vgl. E. I § 630 Abs. 2, Prot. II S. 417. Aus § 706 folgt z. B., daß die Gesellschafter gleichmäßig zur Geschäftsführung verpflichtet sind. So zutreffend Staub Anm. 2 zu § 114 HGB.

[6]) Ob ein solcher Vertrag wirksam oder wegen Unbestimmtheit und Unbestimmbarkeit der Leistung nichtig ist (s. oben § 95 S. 366), ist nach den Umständen des einzelnen Falles zu entscheiden.

[7]) Vgl. Staub, Exkurs zu § 342 Anm. 28.

[8]) Ueber die Nachschußpflicht bei der Auseinandersetzung nach Auflösung der Gesellschaft (§ 735) siehe unten § 199 unter II, 5. Diese Nachschußpflicht bildet keine Ausnahme von der Regel des § 707. Sie folgt aus der gemeinsamen Haftung der Gesellschafter für die gemeinschaftlichen Schulden und die Einlagen (vgl. § 426). § 707 bezieht sich nur auf das Verhältniß der Gesellschafter unter einander, nicht auf das Verhältniß der Gesellschafter zu den Gläubigern (vgl. M. II S. 597). Von den Gläubigern können die Gesellschafter jederzeit ohne Rücksicht auf die vertragsmäßige Beitragspflicht und über diese hinaus in Anspruch genommen werden. Siehe auch Anm. 9.

[9]) M. II S. 597, S. Goldmann Nr. 12 zu § 109 H. G. B. — A. und B. errichten eine Gesellschaft zum Erwerb eines Grundstücks und verpflichten sich, je 10000 Mk. beizutragen. Die 20000 Mk. wurden gezahlt und bei einem Bankier hinterlegt. Wenn das Grundstück nur für den Preis von 25000 Mk. zu erwerben ist, so sind doch A. und B. nicht verpflichtet, ihren Beitrag auf je 12500 Mk. zu erhöhen. Vielmehr kommt dann der Erwerb nicht zu stande. Das Gleiche gilt, wenn der Bankier in Konkurs geräth und A. und B. aus der Masse nur 10000 Mk. zurückerhalten. Sie sind nicht verpflichtet, jeder 5000 Mk. nachzuschießen, um ihre Einlage wieder auf die ursprüngliche Höhe zu bringen. A. braucht auch nicht damit einverstanden zu sein, wenn im ersteren Falle B., um den Erwerb des Grundstücks zu ermöglichen, noch 5000 Mk. einschießen will mit der Maßgabe, daß trotz seiner, des B., höheren Einlage A. mit der Hälfte am Gewinne betheiligt bleiben soll. Ebensowenig kann B. im zweiten Falle ohne Zustimmung des A. weitere 5000 Mk. oder 10000 Mk. einlegen, um die ursprüngliche Einlage wieder herzustellen. Die Erhöhung der Beiträge und die Ergänzung der Einlagen stehen rechtlich einander gleich; beide bilden eine Erhöhung der durch den Vertrag vereinbarten Leistung.

[10]) Ein Fall des § 723 Abs. 1 S. 2 (vgl. § 737) liegt nicht vor. Anders §§ 190 ff. I, 17 ALR. Daß die M. II S. 597 die entgegengesetzte Ansicht vertreten, wie Müller

Da die Vorschrift des § 707 eine dispositive ist[11]), können in allen vorstehend erörterten Beziehungen im Gesellschaftsvertrag[12]) abweichende Bestimmungen getroffen werden.

2. Wenn der Beitrag eines Gesellschafters in einer Sache besteht, so ist es möglich, daß die Sache entweder dem Rechte (quoad sortem) oder nur der Benutzung nach (quoad usum) gemeinschaftlich werden soll[13]). Ob das eine oder das andere der Fall sein soll, ist eine Frage der Auslegung des Gesellschaftsvertrags. Für diese giebt das Gesetz folgende Regel (§ 706 Abs. 2):

a) Besteht der Beitrag in vertretbaren oder verbrauchbaren Sachen, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Sachen gemeinschaftliches Eigenthum der Gesellschafter werden sollen (§ 706 Abs. 2 S. 1).

b) Besteht der Beitrag in nicht vertretbaren oder nicht verbrauchbaren Sachen, so gilt die gleiche Regel, wenn die Sachen nach einer Schätzung beizutragen sind[14]) und wenn diese Schätzung nicht nur für die Gewinnvertheilung bestimmt ist (§ 706 Abs. 2 S. 2)[15]).

c) Für den Fall, daß nicht vertretbare oder nicht verbrauchbare Sachen nach einer nur für die Gewinnvertheilung bestimmten Schätzung oder daß sie garnicht nach einer Schätzung beizutragen sind, gilt die Auslegungsregel des § 706 Abs. 2 nicht. Hier ist ausschließlich nach den Umständen festzustellen, ob die Sachen quoad sortem oder nur quoad usum gemeinschaftlich werden sollen. Auch wenn die Schätzung lediglich für die Gewinnvertheilung bestimmt ist, kann die Absicht der Parteien dahin gehen, daß die Sache gemeinschaftliches Eigenthum der Gesellschafter werden soll.

d) Das unter c Gesagte gilt entsprechend auch für den Fall, daß nicht Sachen, sondern andere Gegenstände, z. B. Rechte, beizutragen sind.[16])

S. 408 behauptet, beruht auf einem Irrthume. Dort wird gerade hervorgehoben, daß das BGB. dem preußischen Recht entgegentritt. — Daß der einzelne Gesellschafter seine Einlage nicht einseitig vermindern darf (Planck Anm. 2 zu § 707), bedarf keiner besonderen Hervorhebung.

[11]) Siehe oben Anm. 1 S. 735.

[12]) Siehe oben § 193 unter II, 3 f S. 734.

[13]) Vgl. E. I § 631 Abs. 1, Windscheid Pand. II § 405 Anm. 13, M. II S. 598.

[14]) Es kommt nur darauf an, daß die Sachen nach einer Schätzung beizutragen sind, nicht darauf, daß die Schätzung bei der Einbringung schon erfolgt ist. Sie kann auch nachher vorgenommen werden. Vgl. Oertmann Anm. 2 b β zu § 706.

[15]) Daß Schätzungen beizutragender Sachen nur für die Gewinnvertheilung bestimmt sind, bildet thatsächlich die Ausnahme. Es spricht deshalb die Vermuthung dafür, daß die Schätzung nicht nur für die Gewinnvertheilung erfolgt. Oertmann a. a. O.

[16]) In dem Gesellschaftsvertrage zwischen A., B. und C. ist bestimmt, daß A. 25000 M. baar und sein Waarenlager beizutragen habe, B. sein Grundstück X. zum Werthe von 20000 M. sowie seine Forderung von 10000 M. gegen D., die für die Gewinnvertheilung nur auf 5000 M. angenommen und nur mit diesem Betrag in die Bilanz eingestellt werden soll, C. 15000 M. baar, sämmtliche Geschäfts- und Kontor-Utensilien und den auf dem Hofe seines Grundstücks Y befindlichen Speicher. Hier ist nach § 706 Abs. 1 S. 1 anzunehmen, daß die Geldbeiträge und das Waarenlager (§ 92 Abs. 2), nach § 706 Abs. 2 S. 2, daß das Grundstück X. gemeinschaftliches Eigenthum der Gesellschafter werden sollen. Ebenso wird man nach Lage der Sache annehmen müssen, daß die Forderung des B. gegen D. und die Utensilien dem Rechte nach gemeinschaftlich werden sollen, obwohl sie nur für die Gewinnvertheilung beziehungsweise garnicht geschätzt sind. Dagegen ergeben die Umstände, daß der Speicher, welcher sich auf dem im Uebrigen nicht beizutragenden Grundstücke Y befindet, nur zur Benutzung überlassen wird. — Möglich ist auch, daß die Absicht dahin geht, daß die Sachen weder gemeinschaftliches Eigenthum werden noch gemeinschaftlich benutzt werden sollen. Wenn sich die Rechtsanwälte E. und F. zur gemeinschaftlichen Ausübung der Praxis vereinigen und unter anderem vereinbaren, daß jeder verpflichtet sei, sein Sprechzimmer mit den erforderlichen Möbeln auszu-

3. Auf Grund des Gesellschaftsvertrags ist jeder Gesellschafter verpflichtet, die vereinbarten Beiträge zu leisten. (§ 705).

a) Er muß, wenn der Gegenstand der Leistung gemeinschaftlich werden soll, alles thun, was nach der Natur des Gegenstandes und den in Betracht kommenden Gesetzesvorschriften erforderlich ist, um die Uebertragung des Gegenstandes auf alle Gesellschafter zu bewirken [17]) Eine Vorschrift, daß die thatsächlich eingebrachten Gegenstände ohne Rücksicht auf die sonst bestehenden Vorschriften für die Uebertragung gemeinschaftlich werden oder daß unter gewissen Voraussetzungen eine Vermuthung dafür spreche, daß Sachen gemeinschaftliches Eigenthum der Gesellschafter geworden seien, besteht nicht. Die Auslegungsregel des § 706 Abs. 2 bezieht sich nur auf den Gesellschaftsvertrag (das Illationsversprechen), nicht auf die Einbringung (die Illation) selbst. [18])

b) Ort und Zeit der Leistung der Beiträge bestimmen sich nach den Vorschriften der §§ 269 ff.

4. Die Folgen der Nichterfüllung der von den einzelnen Gesellschaftern durch den Gesellschaftsvertrag übernommenen Verpflichtungen bestimmen sich nach den allgemeinen Vorschriften (§§ 275 ff., 286 ff). Da der Gesellschaftsvertrag ein gegenseitiger Vertrag ist, [19]) finden auch die Vorschriften der §§ 320 ff. Anwendung, soweit sich die nicht bewirkte Leistung als Entgelt für die Leistung des anderen Theiles darstellt. [20]) Ob dies zutrifft, ist im einzelnen Falle nach den Umständen zu entscheiden. Die Verpflichtung zur Leistung der Beiträge ist grundsätzlich eine synallagmatische. [21]) — Ob der Gesellschaftsvertrag von zwei oder von mehreren Parteien geschlossen ist, ist für die Anwendung der §§ 320 ff. grundsätzlich gleichgültig. Jedoch ist zu beachten, daß beim Vorhandensein von mehr als zwei Gesellschaftern das Aequivalent für die Leistung eines Jeden die Gegenleistung aller übrigen Gesellschafter bildet, daß also eine theilweise Nichtleistung vorliegt, wenn nur einer der anderen Gesellschafter die ihm obliegende Leistung nicht bewirkt. [22]) Hierdurch und durch die

---

statten, so wird anzunehmen sein, daß die von einem Jeden anzuschaffenden Möbel sein Sondereigenthum bleiben und nur von ihm benutzt werden sollen. Der Beitrag besteht hier nicht in den Sachen, sondern in der Verpflichtung zur Ausstattung des Zimmers.

[17]) Vgl. E. I § 631 Abs. 3, M. II S. 599, Prot. II S. 418. Siehe Näheres hierüber unten § 197 unter 3 S. 757.

[18]) Anders HGB. Art. 91, RG. Bd. 31 S. 28. Vgl. M. II S. 599, Staub Exkurs zu § 122 HGB. Anm. 9, S. Goldmann Nr. 9 zu § 109 HGB. Wenn in dem Falle der Anm. 16 A. B. und C. das gemeinschaftliche Eigenthum an einem von C. eingebrachten Geldspinde gegen einen Dritten geltend machen wollen, so genügt es nicht, daß sie sich auf den Gesellschaftsvertrag und auf die Vorschrift des § 706 Abs. 2 beziehen. Sie müssen auch die Uebertragung des Eigenthums an dem Geldspind auf die Gesellschafter (§§ 929 ff.) nachweisen.

[19]) Siehe oben § 193 unter II, 3, d S. 731.

[20]) Siehe oben § 98 Anm. 34 S. 385. Die Anwendung der §§ 320 ff. auf den Gesellschaftsvertrag ist streitig. Für die Anwendung, wenn auch mit Abweichungen im Einzelnen, Planck Vorbem. II, 3 vor § 705, Neumann Anm. 1 zu § 705 und Anm. 1 zu § 706, Oertmann Anm. 3 zu § 705, Cosack II, § 267 I, 3a, Kuhlenbeck Anm. 4 zu § 705, Knoke S. 43 ff., S. Goldmann Nr. 12 zu § 105 HGB., Paech, der Leistungsverzug (Berlin 1902) S. 151 Anm. 5, Prot. II S. 425 V a. E., R. G. in der J. W. 1900 Nr. 92 S. 841 Nr. 9, dagegen Dernburg II § 357 III, Müller S. 409, vergl. auch Endemann I § 181 Anm. 10, Kipp in Windscheid Pand. II § 406 Zusatz 1, c.

[21]) Siehe oben S. 731 unter d. Der entgegengesetzten Meinung ist anscheinend das R. G. in der in Anm. 20 angezogenen Entscheidung. Keine durch den Gesellschaftsvertrag an sich begründete synallagmatische Verpflichtung ist z. B. die Verpflichtung zum Rechnungsabschluß, zur Gewinnvertheilung (§ 721 Abs. 2), zur Zahlung von Vorschüssen (§§ 713, 669). Vgl. Oertmann Anm. 3 zu § 705.

[22]) A., B. und C. schließen einen Gesellschaftsvertrag und verpflichten sich, jeder 1000 Mk. beizutragen. Hier hat zwar Jeder gegen Jeden einen selbständigen Anspruch

ergänzende Vorschrift des § 723 wird der Eigenart des Gesellschaftsvertrags hinlänglich Rechnung getragen.

a) Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags steht jedem Gesellschafter nach Maßgabe der §§ 320—322 zu und zwar grundsätzlich auch dann, wenn beim Vorhandensein von mehr als zwei Gesellschaftern ein anderer als der klagende Gesellschafter noch nicht erfüllt hat. Jeder Gesellschafter kann grundsätzlich die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gesammt-Gegenleistung verweigern, d. h. bis alle anderen Gesellschafter die ihnen obliegenden Gegenleistungen bewirkt haben. Für die Verhinderung eines Mißbrauchs der Einrede ist beim Gesellschaftsvertrage die Vorschrift des Abs. 2 des § 320 von besonderer Erheblichkeit. Ist die Gesammt-Gegenleistung nur noch theilweise rückständig, so wird die Leistung, selbst wenn der rückständige Theil verhältnißmäßig nicht geringfügig ist, oft nicht verweigert werden können, weil die Verweigerung nach den sonstigen Umständen gegen Treu und Glauben verstoßen würde.[23][24])

---

auf Zahlung von 1000 Mk. in die Gesellschaftskasse (an Alle). Aber Jeder will seine 1000 Mk. nicht dafür zahlen, daß einer von den übrigen gleichfalls 1000 Mk. zahlt, sondern nur dafür, daß die beiden anderen Gesellschafter zusammen 2000 Mk. beitragen. Solange die 2000 Mk. nicht ganz gezahlt sind, ist die Gegenleistung nicht vollständig bewirkt. — Dernburg (II § 357 III) will die Anwendung der §§ 320 ff. ausschließen, weil sie sich nur auf Verträge bezögen, bei denen sich zwei Betheiligte als Vertragschließende gegenüberstehen. Einmal kennt aber das Gesetz eine derartige Unterscheidung nicht. Außerdem bilden in Ansehung der Gesammt-Gegenleistung alle übrigen Gesellschafter nur eine Partei.

[23]) In dem Falle der Anm. 22 hat A. 1000 Mk. gezahlt, B. und C. sind mit der Zahlung im Rückstande. Wenn A. von B. Zahlung der 1000 Mk. in die Gesellschaftskasse verlangt, so kann B. die Zahlung bis zur Zahlung des C. (bis zur Bewirkung der Gesammt-Gegenleistung) verweigern. Hatte dagegen die Gesellschaft ihren Geschäftsbetrieb bereits begonnen, hatten sich B. und C. an der Geschäftsführung betheiligt, Sachen für die Gesellschaft erworben u. dgl., so würde es gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn B. oder C. jetzt die Zahlung verweigern wollte, weil der Andere noch nicht gezahlt habe (§ 320 Abs. 2). Treu und Glauben hätten erfordert, daß B. und C. jede Geschäftsführung und jeden Erwerb für die Gesellschaft vor der Leistung des Anderen abgelehnt hätten. Nach diesen Erwägungen dürfte auch der dem Urtheile des R. G. in der J. W. 1900 Nr. 92 S. 841 Nr. 9 zu Grunde liegende Fall zu entscheiden sein, in dem der Gesellschaftsvertrag ohne Rücksicht auf die Leistung der Einlagen durch den gemeinschaftlichen Erwerb des Objekts, dessen Verwerthung den Gesellschaftszweck bildete, vollzogen worden war. Das RG. wird dem Wesen des Gesellschaftsvertrags nicht gerecht, wenn es hier die Verwerfung der Einrede des nicht erfüllten Vertrags darauf stützt, daß sich die Einlageverpflichtungen nicht ohne Weiteres gegenseitig bedingen. — Zu beachten ist noch, daß sich die Verpflichtung der Gesellschafter, die Erreichung des gemeinsamen Zweckes zu fördern, in der Regel nicht in einer Leistung erschöpft, und daß daher auch beim Vorhandensein von nur zwei Gesellschaftern der Fall einer theilweisen Nichtleistung vorliegt, wenn der eine Gesellschafter sich z. B. an der Geschäftsführung betheiligt, aber seinen Geldbeitrag nicht leistet. Auch hier findet § 320 Abs. 2 Anwendung.

[24]) Wenn mehr als zwei Gesellschafter vorhanden sind, so liegt dennoch der Fall des § 320 Abs. 1 S. 2 nicht vor, weil dem Einzelnen kein Theil der Leistung des Anderen gebührt, sondern sein Anspruch auf die ganze Leistung gerichtet ist. (Vergl. Planck Vorbem. 3 vor § 705 S. 455, Knoke S. 43.) Daraus ist aber nicht mit den angeführten Schriftstellern (vergl. auch Oertmann Anm. 3 zu § 705) zu folgern, daß die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nicht gegeben ist, wenn nicht der Kläger, sondern ein anderer Gesellschafter, mit der Leistung säumig ist. Hierbei ist das im Texte und in Anm. 22 Ausgeführte übersehen, daß nämlich die Gegenleistung im Sinne des § 320 Abs. 1 S. 1 nicht nur in der Leistung des Klagenden, sondern in den Leistungen aller Gesellschafter besteht. Die Einrede steht allerdings nicht nach S. 2, wohl aber nach S. 1 des § 320 Abs. 1 zu. Knoke a. a. O. wendet dagegen ein, daß einem Gesammtgläubiger nur solche Einreden entgegengesetzt werden können, die gerade ihm gegenüber begründet sind. Aber einmal ist der Gesellschafter kein Gesammtgläubiger und ferner steht auch einem Gesammtgläubiger

b) Wenn die einem Gesellschafter obliegende Leistung unmöglich wird, so finden die Vorschriften der §§ 323—325 Anwendung und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Gesellschaft aus zwei oder aus mehr als zwei Personen besteht, und im Verhältnisse eines jeden zu allen übrigen Gesellschaftern, auch wenn nur die Leistung eines Gesellschafters unmöglich wird.[25]) Ergänzend greift die Vorschrift des § 723 Abs. 1 S. 2 ein, daß jeder Gesellschafter auch die für eine bestimmte Zeit eingegangene Gesellschaft jederzeit kündigen kann, wenn die Erfüllung einer einem anderen Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrag obliegenden wesentlichen Verpflichtung unmöglich wird.[26]) Auch bei Anwendung der §§ 323—325 ist zu beachten, daß es sich vielfach um den Fall der theilweisen Unmöglichkeit handeln wird.[27])

---

die Einrede des nicht erfüllten Vertrags bis zur Bewirkung der ganzen Gegenleistung entgegen. Dies folgt aus dem Wesen des gegenseitigen Vertrags und dem Wortlaute des § 320 Abs. 1 S. 1, in dem nicht unterschieden ist, ob die Gegenleistung von einem oder von Mehreren zu bewirken ist. Wenn A. und B. als Gesammtgläubiger von C. 1000 Glühstrümpfe für 250 M. kaufen mit der Maßgabe, daß A. und B. je 125 M. zu zahlen haben, so kann C. der Klage des A. auf Lieferung der Glühstrümpfe die Einrede des nicht erfüllten Vertrags entgegensetzen, wenn A., nicht aber B., seine 125 M. gezahlt hat. C. braucht nur gegen Bewirkung der ganzen Gegenleistung zu liefern, gleichgültig ob er die Gegenleistung von einem oder von Mehreren zu fordern hat und ob der Klagende oder ein anderer noch nicht geleistet hat. — Die Schwierigkeiten, welche sich bei der Zwangsvollstreckung ergeben können, wenn der Beklagte zur Zahlung Zug um Zug (§ 322) gegen Zahlung eines Anderen als des Klägers verurtheilt worden ist (Knoke S. 44), liegen im Falle des § 320 Abs. 1 S. 2 ebenso vor wie beim Gesellschaftsvertrage. Es dürfte sich empfehlen, in geeigneten Fällen in Gesellschaftsverträgen zu vereinbaren, daß gegen den Anspruch auf die Beitragsleistung die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nicht erhoben werden dürfe.

[25]) Hier ebenso Knoke S. 45 ff. A. M. Planck Vorbem. 3 vor § 705 S. 455, Cosack II § 267 I, 3 e.

[26]) Auch diese Vorschrift des § 723 enthält einen Beweis für den synallagmatischen Charakter des Gesellschaftsvertrags und zeigt, daß auch das Gesetz davon ausgeht, daß grundsätzlich das Bestehen der Gesellschaft in Ansehung jedes einzelnen Gesellschafters von der Erfüllung der Verpflichtungen aller Gesellschafter abhängig ist.

[27]) Von drei Gesellschaftern soll A. sein Waarenlager einbringen, von der Geschäftsführung soll er ausgeschlossen sein. B. soll sein Hausgrundstück, C. 10000 M. beitragen; B. und C. sollen Geschäftsführer sein. a) Bei einem bei A. verübten Einbruche wird das gesammte Lager ausgeräumt. Dann sind B. und C. zur Zahlung der 10000 M. und zur Geschäftsführung nicht verpflichtet (§ 323 Abs. 1). Die Gegenleistung sind die Beiträge der anderen Gesellschafter, nicht der Gewinn (vergl. M. II S. 600 und oben § 193 unter II, 3, d S. 731). Hat B. schon Zahlung oder haben B. und C. schon Dienste geleistet, so haben sie einen Erstattungsanspruch nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (§ 323 Abs. 3). Dagegen bleibt der Gesellschaftsvertrag an sich bestehen (siehe hierüber oben § 85 S. 336 unter c und § 97 S. 375). War A. gegen Diebstahl versichert, so können B. und C. Herausgabe der Versicherungssumme an die Gesellschaft verlangen; dann bleiben sie zur Zahlung beziehungsweise zur Geschäftsführung verpflichtet (§ 723 Abs. 2). Will B. oder C. den Vertrag aufheben, so kann er ihn gemäß § 723 Abs. 1 S. 2 kündigen. Dann besteht auch für B. die Möglichkeit, wenn die bereits gezahlte Einlage nicht mehr vollständig vorhanden ist, A. und C. wegen des Fehlbetrags gemäß § 735 in Anspruch zu nehmen. — b) Nachdem B. vergeblich den A. und C. zur Entgegennahme der Auflassung des Hausgrundstücks aufgefordert hat, brennen sämmtliche Gebäude infolge eines Zufalls ab. Dann bleiben A. und C. zur Einbringung des Waarenlagers und zur Zahlung der 10000 M., B. und C. zur Geschäftsführung verpflichtet (§ 324 Abs. 2, Abs. 1). Doch können A. und C. die Gesellschaft nach § 723 kündigen. — c) C., welcher der eigentliche Sachverständige ist, wird wegen Meineids zu zwei Jahren Zuchthaus verurtheilt, so daß er zur Geschäftsführung nicht im Stande ist. Die 10000 M. will er einzahlen. Zwar liegt hier nur eine theilweise Unmöglichkeit vor, aber die theilweise Erfüllung hat für A. und B., wenn die Geschäftsführung des C. fortfällt, kein Interesse. Sie können Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Ver-

c) Geräth ein Gesellschafter mit einer ihm nach dem Gesellschaftsvertrag obliegenden Leistung in Verzug, so bestimmen sich die Rechte des nicht säumigen Gesellschafters nach den Vorschriften der §§ 286 ff. und des § 326. Handelt es sich um eine Verpflichtung, welche sich als Entgelt für die Leistung des nicht säumigen Gesellschafters darstellt, so kann dieser dem säumigen Gesellschafter eine Frist gemäß § 326 Abs. 1 S 1 bestimmen. Dies gilt auch, wenn die Gesellschaft aus mehr als zwei Gesellschaftern besteht. Beruht der Verzug auf Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit, so steht dem nicht säumigen Gesellschafter auch das Kündigungsrecht des § 723 zu.

d) Besteht die Gesellschaft aus mehr als zwei Personen, so können der Schadensersatzanspruch und das Rücktrittsrecht von jedem einzelnen Gesellschafter, in dessen Person die Voraussetzungen der §§ 325, 326 vorliegen, geltend gemacht werden. Doch kann die Leistung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung regelmäßig, ebenso wie die Erfüllung selbst, nur an alle gefordert[28]), das Rücktrittsrecht nur gegen alle ausgeübt werden (§§ 327, 356)[29]).

e) Die Gewährleistung wegen Mängel im Rechte an den in die Gesellschaft dem Rechte nach eingebrachten Gegenständen und die Gewährleistung wegen Mängel der dem Rechte nach eingebrachten Sachen richtet sich nach den Vorschriften der §§ 433 ff., 459 ff. (§§ 445, 493). Die Haftung für die nur zur Benutzung überlassenen Gegenstände bestimmt sich nach dem Inhalte des Gesellschaftsvertrags[30]).

f) Die Gefahr der Einlagen[31]) trägt die Gesellschaft, d. h. die Gefahr der von den Gesellschaftern beizutragenden Gegenstände geht mit der Einbringung auf die Gesellschaft über (vergl. § 733 Abs. 2 S. 1 u. 2). Der Gesellschafter ist zur Leistung eines Ersatz-Gegenstandes nicht verpflichtet (§ 707). Dies gilt

---

bindlichkeit fordern oder von dem ganzen Vertrage zurücktreten (§ 325 Abs. 1 S. 2). Daneben steht ihnen auch in diesem Falle das Kündigungsrecht des § 723 zu.

[28]) Siehe oben § 193 Anm. 15 S. 731. Vgl. Planck Anm. 2c zu § 705, Knoke S. 49 ff., welche hervorheben, daß auch dem einzelnen Gesellschafter ein besonderer Schaden entstehen kann, dessen Ersatz dann an ihn allein zu leisten ist.

[29]) A. M. Planck Vorbem. 3 zu §§ 705 ff. S. 455, Knoke S. 49, Cosack II § 267 II, 3, b. Nach ihnen kann das Rücktrittsrecht (nach § 356) stets nur von allen Gesellschaftern gemeinsam ausgeübt werden. Dies dürfte auf einer Verkennung der Eigenart des Gesellschaftsvertrags beruhen. Es ist richtig, daß § 356 Anwendung findet, aber nicht auf der Gläubiger-, sondern auf der Schuldner-Seite. Der Anspruch auf die Leistung des einzelnen Gesellschafters steht allerdings allen Anderen zu, aber jeder hat doch einen selbständigen, von dem der Anderen unabhängigen Anspruch auf Leistung an Alle (siehe oben § 193 II, 3 d S. 731). Dagegen stehen ihm bezüglich der Gesammt-Gegenleistung alle übrigen Gesellschafter gegenüber (siehe Anm. 22 S. 738). Auf der anderen Seite sind Mehrere betheiligt (§ 356). Das Rücktrittsrecht kann daher nur gegen alle ausgeübt werden. Hierin liegt auch nichts Unbilliges, wenn man berücksichtigt, daß jeder Gesellschafter die Gesellschaft nur in Rücksicht auf die Gesammt-Gegenleistung eingegangen ist. Daher ist auch bezüglich des Verzugs darauf hinzuweisen, daß es sich beim Verzug eines Gesellschafters in der Regel nur um eine theilweise Nichtleistung handeln wird (§ 326 Abs. 1 S. 3). — Knoke S. 50 will schon das Recht auf die Fristsetzung gemäß § 326 nur allen gemeinsam zugestehen, weil anderenfalls der einzelne das Recht der Anderen auf Erfüllung durch eine einseitige Handlung beseitigen könne. Aber dieses Recht steht ihm, wie gezeigt, in der That zu. Siehe auch Anm. 26 S. 740.

[30]) Häufig wird man die Grundsätze des Miethvertrags analog anwenden können, doch ist dies nicht immer der Fall. Es kommt darauf an, welche Verpflichtung der Gesellschafter im Vertrag übernommen hat. Vgl. M. II S. 600, Planck Anm. 2 zu § 706, Dernburg II § 357 IV, 3, Endemann I § 181 Anm. 8, Oertmann Anm. 3 zu § 706, Staub Exkurs zu § 122 HGB. Anm. 11, Kipp in Windscheid Pand. II § 406 Zusatz 1, b.

[31]) Siehe oben Anm. 3 S. 735.

auch für die der Gesellschaft überlassene Benutzung eines Gegenstandes. Auch die Gefahr der Benutzung trägt die Gesellschaft. Dagegen bleibt die Gefahr des Gegenstandes, dessen Benutzung der Gesellschaft überlassen ist, auch nach der Einbringung bei dem Gesellschafter (vgl. § 732 S. 2)[32].

§ 195. Rechtsverhältniß der Gesellschafter unter einander.

2. Geschäftsführung[1]).

1. Eine Art der Beitragsleistung ist die Geschäftsführung[2]). Unter Geschäftsführung ist die Entscheidung über die Vornahme aller Geschäfte, die in der Gesellschaft vorkommen und nöthig werden können, sowie die Vornahme der Geschäfte selbst zu verstehen[3]). Zu den Geschäften gehören nicht nur Rechtsgeschäfte, sondern auch thatsächliche Verrichtungen, welche für die Förderung des Gesellschaftszwecks erforderlich sind, z. B. die Besorgung von Wegen, die Buchführung, die Korrespondenz[4]). Die Geschäftsführung für die Gesellschaft begreift nur solche Geschäfte in sich, welche Geschäfte der Gesellschaft, gemeinschaftliche Geschäfte der durch den Gesellschaftsvertrag verbundenen Gesellschafter sind. Den Gegensatz hierzu bilden die Geschäfte der einzelnen Gesellschafter. Diese gehören nicht zur Führung der Geschäfte der Gesellschaft, auch wenn sie eine Gesellschaftsangelegenheit betreffen[5]). Daher fallen z. B. nicht unter die Geschäftsführung die Geltendmachung der Ansprüche, die den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsverhältnisse gegen einander zustehen (§ 717), die Kündigung der Gesellschaft (§ 723), der Abschluß eines neuen Gesellschaftsvertrags, eines Ver-

---

[32]) Vgl. M. II S. 600ff., Oertmann Anm. 4 zu § 706, Endemann I § 181 Anm. 3, Staub Exkurs zu § 122 HGB. Anm. 7. Nach Kuhlenbeck Anm. 3 zu § 705 soll die Gefahr der quoad sortem zugesagten Einlagen bereits mit dem Vertragschluß auf die Gesellschaft übergehen; eine Ansicht, die nicht zu begründen ist (siehe oben unter 4, b S. 740). Irrig erscheint die Ansicht von Oertmann a. a. O., daß bei dem Untergange der quoad usum einzubringenden Sache nach der Einbringung der Einbringende, weil er hinfort kein Leistender mehr sei, den Anspruch auf die Gegenleistung verliere. Man muß zwischen der Gefahr der Benutzung und der Gefahr des benutzten Gegenstandes unterscheiden. Jene trifft die Gesellschaft, diese den Gesellschafter. Der Letztere hat, soweit er zur Ueberlassung des Gegenstandes zur Benutzung verpflichtet ist, die ihm obliegende Leistung mit der Ueberlassung des Gegenstandes vollständig bewirkt. Die nach der Ueberlassung durch Zufall eingetretene Unmöglichkeit der Benutzung berührt daher seinen Anspruch auf die Gegenleistung nicht. Sie kann aber einen wichtigen Grund zur Kündigung im Sinne des § 723 bilden.

[1]) Die Vornahme von Geschäften für die Gesellschaft heißt im Verhältnisse der Gesellschafter unter einander „Geschäftsführung", im Verhältnisse zu Dritten „Vertretung" (vgl. §§ 709 ff., 714 ff., HGB §§ 114 ff., 126 ff.). Ueber den Begriff der Geschäftsführung bei der Gesellschaft vgl. Knoke S. 55, Staub Anm. 1 zu § 114 HGB.

[2]) Siehe oben § 193 Anm. 23 S. 733. Aus der Natur der Geschäftsführung als Beitragsleistung folgt die Anwendung der bezüglichen Vorschriften des BGB. auf die Geschäftsführung (vgl. z. B. §§ 706 Abs. 1, 707, 708).

[3]) Vgl. M. II S. 602. Siehe auch unten Anm. 17 S. 745.

[4]) Siehe unten Anm. 16 S. 744, Oertmann Anm. 2 zu § 709, Dernburg II § 358 III, Planck Vorbem. vor §§ 709 ff., Knoke S. 55, Müller S. 426.

[5]) Ein bezeichnendes Beispiel bildet die Beitragsleistung. Die Empfangnahme des an alle Gesellschafter (an die Gesellschaft) zu leistenden Beitrags bildet ein Geschäft der Gesellschaft, sie gehört zur Geschäftsführung. Dagegen ist die Geltendmachung des Anspruchs auf die Beitragsleistung ein Geschäft des einzelnen Gesellschafters (siehe oben § 194 Anm. 29 S. 741 und § 193 II, 3 S. 731 unter d), sie gehört nicht zur Geschäftsführung. Die Geschäftsführer können nicht gegen die einzelnen Gesellschafter auf Leistung der Beiträge klagen. Die Klage kann nur von jedem Mitgesellschafter angestellt werden und muß auf Leistung an die Geschäftsführer gerichtet sein. Vgl. insbesondere Knoke S. 55 ff., Planck a. a. O. A. M. Dernburg II § 358 Anm. 6.

trags über Auflösung der Gesellschaft, die Ausschließung eines Gesellschafters (§ 737 S. 2). Auch in den letzteren Fällen handelt es sich nicht um Geschäfte der Gesellschaft, vielmehr führt jeder Gesellschafter mit der Theilnahme an dem Vertragschlusse (beziehungsweise an der Ausschließung) sein eigenes Geschäft.

2. Berechtigt und verpflichtet zur Führung der Geschäfte der Gesellschaft sind, falls der Gesellschaftsvertrag nicht etwas Anderes bestimmt, alle Gesellschafter. **§ 709.**

a) Das Recht zur Geschäftsführung steht nach dem Gesetz allen Gesellschaftern zu (§ 709 Abs. 1). Gleichgültig ist es dabei, in welcher Weise sich der Gesellschafter im Uebrigen zur Förderung des Gesellschaftszwecks verpflichtet hat, insbesondere, ob er zu einem Geldbeitrage verpflichtet ist oder nicht[6]. Jeder, der Gesellschafter ist[7], ist auch zur Geschäftsführung berechtigt.

b) Die Geschäftsführung steht allen Gesellschaftern gemeinschaftlich zu. Für jedes Geschäft ist zunächst[8] die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich (§ 709 Abs. 1)[9]. Nach dieser Regel muß für jedes Geschäft Einstimmigkeit vorhanden sein ohne Rücksicht darauf, ob das Geschäft wichtig oder unwichtig, ob es eilig ist oder nicht oder ob selbst Gefahr im Verzug ist[10]. Stimmt auch nur einer nicht zu, so muß das Geschäft unterbleiben. — Das Stimmrecht ist in Ermangelung einer entgegengesetzten Bestimmung des Gesellschaftsvertrags für alle Gesellschafter das gleiche, auch wenn ihre Beiträge der Art oder der Höhe nach verschieden sind[11].

c) Die Zustimmung kann vor oder nach der Vornahme des Geschäfts ertheilt werden. Eine Form ist für sie nicht vorgeschrieben; ihre Erklärung kann auch stillschweigend erfolgen[12]. Ob der einzelne Gesellschafter seine Zustimmung zu einem Geschäft ertheilen will, hängt von seinem freien Ermessen ab. Er ist regelmäßig auch dann nicht zur Zustimmung verpflichtet, wenn das Geschäft geeignet ist, die Erreichung des gemeinsamen Zweckes zu fördern. Eine solche Verpflichtung besteht nur, wenn der Gesellschafter sie besonders übernommen hat[13]. Anderenfalls kann nur dann, wenn die Versagung der Zu-

---

[6]) M. II S. 602.

[7]) Siehe oben § 193 unter II, 3 S. 728 ff.

[8]) Siehe unten bei Anm. 17 S. 745.

[9]) Anders für die offene Handelsgesellschaft HGB. §§ 114 Abs. 1, 115 Abs. 1 (vgl. § 161 Abs. 2).

[10]) Ebenso Planck Anm. 1 a, Neumann Anm. 1 zu § 709, Cosack II § 267 II, 1 a α, Knoke S. 56. Anders HGB. § 115 Abs. 2. Nimmt ein Gesellschafter, auch bei Gefahr im Verzug, ein Geschäft ohne Zustimmung der anderen vor, so handelt er als Geschäftsführer ohne Auftrag (§§ 677 ff., 680).

[11]) Planck Anm. 1 a zu § 709.

[12]) Siehe unten Anm. 16 S. 744. Hat ein Gesellschafter den anderen über die Vornahme des Geschäfts befragt und hat dieser die Zustimmung verweigert, so darf das Geschäft nicht vorgenommen werden. Anderenfalls macht sich der Ausführende schadensersatzpflichtig (vgl. § 678). Hat der Befragte nicht geantwortet, so hängt es von den Umständen des einzelnen Falles ab, ob in dem Schweigen eine Zustimmung zu finden ist. Hat derjenige, welcher das Geschäft vornimmt, vorher die Anderen nicht befragt, ertheilen diese aber nachher ihre Zustimmung, so liegt eine Geschäftsführung mit Zustimmung im Sinne des § 709 Abs. 1 vor. Verweigern die Anderen ihre nachträgliche Zustimmung, so finden die Vorschriften der §§ 677 ff. Anwendung. Ueberall handelt es sich hier nur um das Verhältniß der Gesellschafter unter einander, nicht um die Wirksamkeit des Geschäfts Dritten gegenüber. Hierüber siehe unten § 198 unter II S. 762 ff. und S. Goldmann Nr. 18 zu § 115 HGB.

[13]) A. B. und C. bilden eine Gesellschaft, um Bauland in einer bestimmten Gegend zu kaufen und wieder zu verkaufen. Sie verpflichten sich im Gesellschaftsvertrage, jedes Land zu erwerben, das sie für einen Preis bis zu 300 Mk. für die Ruthe erhalten können. Dann muß Jeder die Zustimmung zu dem Abschlusse des Kaufvertrags ertheilen, wenn

stimmung eine schuldhafte Verletzung der Verpflichtung enthält, über die Zustimmung nach vernünftigem Ermessen zu entscheiden[14]), auf Grund des hierdurch begründeten Schadensersatzanspruchs die Ertheilung der Zustimmung oder, falls diese gegenstandslos geworden ist, Ersatz des entstandenen Schadens in Geld verlangt werden (§§ 249, 251). Eine Vereitelung der Erreichung des Gesellschaftszwecks durch andauernde Versagung der Zustimmung zu den erforderlichen Geschäften giebt außerdem den übrigen Gesellschaftern das Recht, die Gesellschaft gemäß § 723 zu kündigen[15]).

d) Das Erforderniß der Zustimmung aller Gesellschafter besteht für die gesammte Geschäftsführung in dem unter 1 dargelegten Umfange. Die Zustimmung ist also nicht nur für jedes Rechtsgeschäft, sondern auch für jede thatsächliche Verrichtung erforderlich. Praktisch spielt namentlich in letzterer Beziehung die stillschweigende Erklärung der Zustimmung eine erhebliche Rolle.[16])

---

ihnen Land für 250 Mk. angeboten wird. Haben Alle dem Kaufe eines Terrains für 350 Mk. für die Ruthe zugestimmt, so haben sie damit gleichzeitig die Verpflichtung übernommen, die Auflassung entgegenzunehmen. Daher ist Keiner berechtigt, die Zustimmung zur Auflassung zu versagen.

[14]) Siehe unten im Texte unter f.

[15]) Vgl. Oertmann Anm. 3 zu § 709, Planck Anm. 1 a zu § 709, Kuhlenbeck Anm. 3 zu § 709, Dernburg II § 358 Anm. 8, S. Goldmann Nr. 19 zu § 115 HGB. Cosack (II § 267 II Anm. 17 und II, 1 c) will in keinem Falle einen Schadensersatzanspruch, sondern nur das Kündigungsrecht gewähren. Dagegen giebt Knoke (S. 57) stets eine Klage auf Ertheilung der Zustimmung, wenn in der Verweigerung eine Verletzung der Pflicht zur Förderung des gemeinsamen Zweckes liegt, auch wenn ein Verschulden nicht vorliegt. Beides ist nicht zutreffend. Ein Anspruch auf Ertheilung der Zustimmung zu Geschäften, welche dem Gesellschaftszwecke förderlich sind, ist den Gesellschaftern durch das Gesetz nicht eingeräumt. Vielmehr folgt aus der Bestimmung, daß zu jedem Geschäfte die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich ist, daß es dem Ermessen eines jeden Gesellschafters überlassen bleiben solle, ob er zustimmen wolle oder nicht. Sein Ermessen soll entscheiden, nicht das des Gerichts. Es kommt nicht darauf an, ob objektiv ein dem Gesellschaftszwecke förderliches Geschäft vorliegt, sondern ob der Gesellschafter nach seinem Ermessen das Geschäft als ein förderliches vornehmen will. Die allgemeine Förderungspflicht des § 705 ist durch § 709 Abs. 1 eingeschränkt. Es besteht zwar nach § 705 ein allgemeiner Anspruch auf Förderung der Erreichung des Gesellschaftszwecks, aber nach § 709 Abs. 1 gerade nicht ein Anspruch auf eine solche Förderung durch Zustimmung zu einem Geschäfte. Daher wird durch die bloße Thatsache, daß das Geschäft den Gesellschaftszweck fördern würde und daß die Versagung der Zustimmung die Pflicht des Gesellschafters zur Förderung des Gesellschaftszwecks verletzt, eine Klage auf Ertheilung der Zustimmung nicht begründet. Diese Klage würde sich als Klage auf die versprochene Leistung darstellen und eine solche Leistung (Förderung durch Zustimmung) ist nicht versprochen. Dagegen ist jeder Gesellschafter nach den §§ 705, 157, 242 verpflichtet, die Frage, ob er einem Geschäfte zustimmen soll, nach vernünftigem Ermessen zu beantworten. Unterläßt er es, ein solches Ermessen walten zu lassen, und trifft ihn hierbei ein Verschulden (§ 708), so macht ihn diese schuldhafte Verletzung einer vertraglichen Verpflichtung schadensersatzpflichtig (§ 280). — A. B. und C. vereinigen sich zu einer Gesellschaft, um gemeinschaftlich Verkaufs-Automaten anzuschaffen und an geeigneten Orten aufzustellen. C., der sehr vorsichtig und ängstlich ist, verweigert seine Zustimmung zur Anschaffung eines Automaten und zu dessen Aufstellung an einer durchaus geeigneten Stelle, weil er doch befürchtet, der Automat werde sich nicht bezahlt machen. Dann können A. und B. den C. zur Zustimmung nicht zwingen; sie haben auch keinen Schadensersatzanspruch gegen ihn. Macht C. durch seine übertriebene Aengstlichkeit schließlich einen rationellen Geschäftsbetrieb unmöglich, so können A. und B. die Gesellschaft nach § 723 kündigen. Wenn A. seine Zustimmung zur weiteren Aufstellung von Automaten verweigert, nur um B. und C., mit denen er sich inzwischen überworfen hat, zu chikanieren, so können B. und C. auf Grund ihres Schadenersatzanspruchs Zustimmung und Entschädigung in Geld beanspruchen.

[16]) Nach der Regel des § 709 Abs. 1 ist zu jedem Briefe in einer Gesellschaftsangelegenheit, zu jeder Buchung, zu jedem Wege die Zustimmung Aller erforderlich. Wenn

e) Jeder Gesellschafter kann nicht allein verlangen, daß kein Geschäft ohne seine Zustimmung vorgenommen wird, er ist auch berechtigt, bei der Vornahme jedes Geschäfts mitzuwirken.[17]) Thatsächlich wird die Mehrzahl der Gesellschaftsgeschäfte regelmäßig von einem Gesellschafter unter ausdrücklicher oder stillschweigender Zustimmung der übrigen vorgenommen.

f) Jeder Gesellschafter ist zur Geschäftsführung nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, und zwar besteht diese Verpflichtung für alle Gesellschafter in gleichem Umfange (§§ 705, 706 Abs. 1).[18]) Sie umfaßt die Pflicht, über die Vornahme der vorkommenden Geschäfte nach vernünftigem Ermessen zu entscheiden und bei der Vornahme selbst mitzuwirken.[19]) Ein Recht, die Geschäftsführung zu kündigen, steht dem Gesellschafter selbst beim Vorliegen eines wichtigen Grundes nicht zu. Jedoch kann ihm ein solcher Grund das Recht geben, die Gesellschaft selbst zu kündigen.[20])

3. Durch den Gesellschaftsvertrag kann die Geschäftsführung abweichend von den unter 2 dargestellten Vorschriften des § 709 Abs. 1 beliebig geordnet werden. Z. B. kann das Stimmrecht der Gesellschafter ungleich sein, für die Vornahme der Geschäfte die Zustimmung der Mehrheit genügen, jeder Gesellschafter allein zu handeln berechtigt sein; die Geschäftsführung kann nur einem Gesellschafter oder mehreren Gesellschaftern übertragen, die Zustimmung zweier Gesellschafter zu jedem Geschäfte und die Vornahme des

---

hier nicht einzelne Theile der Geschäftsführung (z. B. Buchführung, Korrespondenz) ausdrücklich oder stillschweigend einem Gesellschafter übertragen sind (§§ 710, 711), so wird man häufig eine stillschweigende Zustimmung annehmen müssen. Vgl. Oertmann, Anm. 2 zu § 709, Dernburg II § 358 III, 1.

[17]) Die Geschäftsführung besteht nicht nur in der Ertheilung oder Versagung der Zustimmung zu den einzelnen Geschäften, sondern auch in der Vornahme der Geschäfte selbst. Auf erstere bezieht sich Halbsatz 2, auf letztere Halbsatz 1 des § 709 Abs. 1. Aus Halbsatz 1 folgt für jeden Gesellschafter das Recht der Mitwirkung bei der Vornahme der Geschäfte.

[18]) Ebenso Knoke S. 66. A. M. Cosack II § 267 II, 2 a. Der Satz des Textes folgt aber beim Schweigen des Gesellschaftsvertrags aus den Vorschriften der §§ 705, 706 Abs. 1. Für das Handelsrecht vgl. HGB. § 114 Abs. 1, S. Goldmann Nr. 5 zu § 114 HGB.

[19]) Die Frage, ob die für ein vorzunehmendes Rechtsgeschäft vorgeschriebene Form von allen Gesellschaftern zu erfüllen ist (vgl. Prot. IV S. 255, Planck Anm. 1 b zu § 709), ist keine Frage der Geschäftsführung, sondern der Vertretung. Die Form muß von denjenigen erfüllt werden, welche zur Vertretung berechtigt sind. (Siehe unten § 198 unter II S. 762 ff.)

[20]) Ebenso Knoke S. 66, Makower Anm. II zu § 117 HGB., S. Goldmann Nr. 13 zu § 117 HGB. A. M. Staub Anm. 7 zu § 117 HGB., der den § 712 Abs. 2 auch auf den Fall des § 709 anwenden will, weil weder die Gesetzesmaterialien noch die Gesetzesworte noch der Gesetzesgedanke dagegen seien. Dies erscheint nicht zutreffend. Die Gesetzesmaterialien ergeben, daß das Kündigungsrecht nur dem „Gesellschafter“ eingeräumt werden sollte, „welcher die Geschäftsführung im Gesellschaftsvertrag übernommen hat.“ (E. I § 638 Abs. 2, Prot. II S. 421). Diese Worte sind schließlich von der Redaktionskommission fortgelassen worden (E. II § 652), jedenfalls aus dem Grunde, weil es als selbstverständlich angesehen wurde, daß der Abs. 2 des § keinen anderen Fall treffen kann als der Abs. 1. Eine sachliche Aenderung kann dadurch nach den Beschlüssen der Kommission nicht beabsichtigt sein. Der Gesetzestext ergiebt nach dem Zusammenhange des ganzen §, daß auch im Abs. 2 nur von der durch den Gesellschaftsvertrag übertragenen Geschäftsführung die Rede ist. Der Gesetzesgedanke ist der, daß eine einseitige Herabminderung der Beitragspflicht der einzelnen Gesellschafter in allen Fällen unzulässig ist, in denen sie nicht besonders gestattet ist, und daß das Kündigungsrecht des Gesellschafters im Falle des Abs. 2 dem Entziehungsrechte des Abs. 1 korrelat ist. Hieraus folgt auch die Unzulässigkeit der Kündigung der nach § 709 zustehenden Geschäftsführung seitens des Geschäftsführers, weil sie eine einseitige Herabminderung der Beitragspflicht enthält und weil auch den Gesellschaftern kein Recht zusteht, einem von ihnen auch aus wichtigen Gründen die Befugniß zur Geschäftsführung aus § 709 zu entziehen.

Geschäfts durch zwei Gesellschafter erforderlich, die Geschäftsführung unter die Gesellschafter nach Geschäftszweigen vertheilt sein.[21] Zulässig ist auch, daß sämmtliche Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen werden und die Geschäftsführung einem Dritten übertragen wird.[22] Für einzelne Fälle der von der Vorschrift des § 709 Abs. 1 abweichenden Regelung der Geschäftsführung giebt das Gesetz besondere Bestimmungen.

a) Wenn auch der Regel entsprechend alle Gesellschafter zur Geschäftsführung berechtigt sind, so kann doch im Gesellschaftsvertrage bestimmt werden, daß die Mehrheit über die Vornahme eines Geschäfts entscheiden soll. Dann ist die Mehrheit im Zweifel nach der Zahl der Gesellschafter zu berechnen (§ 709 Abs. 2). Erforderlich ist die absolute Mehrheit.[23] Ein wirksamer Mehrheitsbeschluß setzt aber, falls der Gesellschaftsvertrag nicht etwas Anderes bestimmt, voraus, daß alle Gesellschafter, also auch die Minderheit, über die Vornahme des Geschäfts befragt worden sind.[24] Ebenso folgt aus der Zulässigkeit von Mehrheitsbeschlüssen noch nicht das Recht der Mehrheit, das beschlossene Geschäft allein vorzunehmen. Vielmehr ist die Minderheit berechtigt und verpflichtet, bei der Vornahme des von der Mehrheit beschlossenen Geschäfts mitzuwirken.[25]

§ 711. b) Der Gesellschaftsvertrag kann darin von der Regel des § 709 Abs. 1 abweichen, daß nach ihm die Geschäftsführung zwar allen Gesellschaftern zusteht, aber in der Art, daß jeder allein zu handeln berechtigt ist. Diese Befugniß jedes Einzelnen erstreckt sich auch hier, wenn der Vertrag nichts Anderes bestimmt, auf die Geschäftsführung in ihrem gesammten Umfange[26]. Jeder Gesellschafter kann aber der Vornahme eines Geschäfts durch den anderen widersprechen mit der Wirkung, daß das Geschäft im Falle des Widerspruchs unterbleiben muß (§ 711). Der Widerspruch muß dem Gesellschafter gegenüber erklärt werden,

---

[21] Vgl. Cosack II § 267 II, 1 ε, Knoke S. 61 Anm. 20.

[22] Vgl. Planck Vorbem. vor §§ 709 ff. a. E. A. M. Knoke S. 61 Anm. 20.

[23] Vgl. M. II S. 603, Staub Anm. 3 zu § 119 HGB. Es kann auch vereinbart werden, daß die Mehrheit nach der Höhe der Beiträge zu berechnen ist, daß relative Mehrheit entscheidet und anderes mehr. Vgl. Oertmann Anm. 4 zu § 709, S. Goldmann Nr. 7 zu § 119 HGB.

[24] Das Recht jedes Gesellschafters, befragt zu werden, bildet einen Theil seines Rechtes zur Geschäftsführung, das ihm durch die Zulässigkeit von Mehrheitsbeschlüssen nicht entzogen ist. Die Nothwendigkeit der Befragung folgt aber im Zweifel auch aus der Natur der kollegialen Entscheidung, die grundsätzlich nicht in der bloßen Abstimmung, sondern in der Abstimmung nach Anhörung aller besteht. Wie hier M. II S. 603, Planck Anm. 2, Oertmann Anm. 4, Kuhlenbeck Anm. 4 zu § 709, Knoke S. 58 Anm. 8, vgl. S. Goldmann Nr. 8 zu § 119 HGB. A. M. Dernburg II § 358 III, 2a, welcher nur bei regelmäßiger Uebergehung der Minderheit dieser ein Kündigungsrecht gewährt, und Cosack II § 267 II 1 α γ. Cosack hebt hervor, daß selbst ein Widerspruch der Minderheit gegen einen Geschäftsabschluß die Mehrheit nicht zu kümmern brauche, so daß die Minderheit zu völliger Ohnmacht verurtheilt sei. Dies ist meist so, wenn die Mehrheit entscheidet.

[25] Siehe hierzu oben Anm. 17 und 18 S. 745. Wenn die Mehrheit beschlossen hat, ein Grundstück zu kaufen, so ist auch die Minderheit verpflichtet, ein geeignetes Grundstück zu suchen, die Kaufverhandlungen zu führen, den Vertrag abzuschließen, die Auflassung entgegenzunehmen. Ist die Zustimmung aller erforderlich, so kann von einer Verpflichtung des nicht zustimmenden Gesellschafters zur Mitwirkung nicht die Rede sein, da ja in diesem Falle das Geschäft unterbleiben muß. Siehe oben unter 2 b S. 743, M. II S. 602 ff.

[26] Eine dem § 116 Abs. 1, 2 HGB. entsprechende Vorschrift enthält das BGB. nicht. Der Geschäftsführer ist zu allen Geschäften befugt, die im Rahmen des Gesellschaftszwecks liegen. Geht ein Geschäft darüber hinaus, so würde es zu seiner Vornahme eines neuen Gesellschaftsvertrags bedürfen. M. II S. 604.

welcher das Geschäft vornehmen will und zwar vor Vornahme des Geschäfts. Ein nachträglicher Widerspruch ist ohne Wirkung[27]). Der Widerspruch muß sich ferner auf bestimmte Geschäfte beziehen; ein allgemeiner Widerspruch gegen alle Geschäfte, welche der Andere vornehmen könnte, würde das vertragsmäßig eingeräumte Recht zum selbständigen Handeln hinfällig machen; er ist daher unwirksam[28]). Wird ein Geschäft trotz erhobenen Widerspruchs vorgenommen, so macht sich der Handelnde ohne Rücksicht auf ein Verschulden nach Maßgabe des § 678 schadensersatzpflichtig.[29]) Auf der anderen Seite kann auch ein Widerspruch, durch den die Gesellschaft geschädigt wird, einen Schadensersatzanspruch gegen den Widersprechenden begründen, wenn der Widerspruch auf einer schuldhaften Verletzung der Verpflichtung beruht, nach vernünftigem Ermessen über die Vornahme der Gesellschaftsgeschäfte zu entscheiden.[30]) — Auf das Widerspruchsrecht kann durch den Gesellschaftsvertrag verzichtet werden.[31])

§§ 710, 711.

c) Durch den Gesellschaftsvertrag können einzelne Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen, die Führung der Geschäfte kann einem Gesellschafter oder mehreren Gesellschaftern übertragen werden. Der Ausschluß braucht nicht besonders vereinbart zu werden, vielmehr hat die Uebertragung der Geschäftsführung an Einen oder an Mehrere die Wirkung, daß die übrigen Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind (§ 710 S. 1). — Ist die Führung der Geschäfte Mehreren übertragen, so steht ihnen die Geschäftsführung gemeinschaftlich zu; für jedes Geschäft ist die Zustimmung aller Geschäftsführer erforderlich. Es kann aber auch vereinbart werden, daß die Mehrheit der Stimmen zu entscheiden hat; dann ist die Mehrheit im Zweifel nach der Zahl der Geschäftsführer zu berechnen (§§ 710 S. 2, 709).[32]) Der Gesellschaftsvertrag kann ferner bestimmen, daß die Geschäftsführung Mehreren in der Art übertragen wird, daß jeder allein zu handeln berechtigt ist. Dann kann jeder Geschäftsführer[33]) der Vornahme eines Geschäfts durch einen anderen Geschäftsführer widersprechen mit der Wirkung, daß das Geschäft unterbleiben muß (§ 711).[34]) — Ist die Geschäftsführung nur *einem* Gesellschafter übertragen, so ist dieser in der Geschäftsführung unbeschränkt. Alle übrigen sind von der Geschäftsführung ausgeschlossen (§ 710 S. 1), so daß keinem auch nur ein Widerspruchsrecht gegen die Vornahme eines Geschäfts zusteht.[35])

---

[27]) Oertmann Anm. 1 zu § 711, Fischer-Henle Anm. 2 zu § 711, S. Goldmann Nr. 7 zu § 115 HGB.

[28]) Vgl. Knoke S. 59, Fischer-Henle Anm. 1 zu § 711, Staub Anm. 4, S. Goldmann Nr. 8 zu § 115 HGB.

[29]) Siehe oben Anm. 12 S. 743. Ebenso Staub Anm. 5, S. Goldmann Nr. 11 zu § 115 HGB. Wenn es sich um Rechtsgeschäfte handelt, kommt eine Schadensersatzpflicht nur in Betracht, wenn das Geschäft wirksam ist.

[30]) Siehe oben unter 2, f. S. 745, S. Goldmann Nr. 12 zu § 115 HGB.

[31]) A. M. Oertmann Anm. 3, Kuhlenbeck Anm. 1 zu § 711, Knoke S. 59, welche die Vorschrift des § 711 für eine zwingende erklären. Zwingend ist nur die Bestimmung des S. 2: Wenn den anderen Gesellschaftern das Widerspruchsrecht zusteht, *muß* im Falle des Widerspruchs das Geschäft unterbleiben. Dagegen ist nicht abzusehen, warum nicht ein unbeschränktes Recht zum Handeln für jeden Einzelnen sollte vereinbart werden können. Ebenso wie die Anderen von der Geschäftsführung ganz ausgeschlossen werden können, kann ihnen auch das Widerspruchsrecht entzogen werden. Gegen einen Mißbrauch des unbeschränkten Rechtes zur Geschäftsführung schützt die Schadensersatzpflicht und die Vorschrift des § 712.

[32]) Für die entsprechende Anwendung des § 709 siehe im übrigen oben unter 2 S. 743 und unter 3 a S. 746.

[33]) Den von der Geschäftsführung Ausgeschlossenen steht das Recht des Widerspruchs nicht zu. Dies folgt aus der Fassung des § 711 S. 1 und aus der Natur der Sache. Vgl. Planck Anm. zu § 711, Neumann Anm. 1 zu § 711, Knoke S. 59, für das

In welchem Umfange den einzelnen Gesellschaftern die Geschäftsführung übertragen ist, bestimmt sich nach dem Inhalte des Gesellschaftsvertrags. Enthält dieser hierüber keine besonderen Bestimmungen, so bezieht sich die Uebertragung auf die Geschäftsführung in ihrem ganzen Umfange.[35]) Der Umfang der Ausschließung der übrigen Gesellschafter von der Geschäftsführung deckt sich mit dem Umfange der Uebertragung auf die anderen: soweit einem Gesellschafter die Geschäftsführung übertragen ist, soweit ist der andere von der Geschäftsführung ausgeschlossen.[36]) Auch die von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter bleiben im Uebrigen zur Förderung der Erreichung des Gesellschaftszwecks verpflichtet (§ 705).[37]) Andererseits stehen die Rechte aus § 716[38]) auch den von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschaftern zu.

4. Die Geschäftsführung stellt sich als ein Bestandtheil des Gesellschaftsverhältnisses dar, nicht als ein neben diesem bestehendes Rechtsverhältniß, etwa als Auftrag, Dienst- oder Werkvertrag. Recht und Pflicht zur Geschäftsführung sind Gesellschaftsrecht und Gesellschaftspflicht[39]); die Pflicht zur Geschäftsführung ist eine Art der Beitragsleistung.[40]) Dies gilt auch dann, wenn durch den Gesellschaftsvertrag einzelne Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind und diese einem Gesellschafter oder mehreren Gesellschaftern übertragen ist. Auch diese Uebertragung stellt sich nicht als ein außerhalb des Gesellschaftsverhältnisses liegendes Rechtsgeschäft dar, sondern bildet eine Regelung der gesellschaftlichen Pflicht zur Geschäftsführung. Hieraus folgt, daß sich in allen Fällen, also auch wenn die Geschäftsführung durch den Gesellschaftsvertrag abweichend von der Regel des § 709 geordnet ist, Rechte und Pflichten der Geschäftsführer grundsätzlich nach den Vorschriften über die Gesellschaft bestimmen.[41]) Wenn jedoch durch den Gesellschaftsvertrag einzelnen Gesellschaftern unter

§ 713.

Handelsrecht HGB. § 115 Abs. 1. Das Widerspruchsrecht ist ein Ausfluß des Rechtes zur Geschäftsführung und reicht so weit wie dieses. Wenn z. B. A. allein, B. und C. nur gemeinschaftlich handeln können, so kann A. allein der Vornahme eines Geschäfts durch B. und C., dagegen können B. und C. nur zusammen der Vornahme eines Geschäfts durch A. widersprechen.

[34]) Ueber § 711 siehe im übrigen oben unter b S. 746.

[35]) Siehe oben Anm. 26 S. 746.

[36]) In dem Gesellschaftsvertrage zwischen A. B. und C. ist bestimmt, daß A. und B. Geschäftsführer sein sollen. Dann ist C. von der Geschäftsführung ausgeschlossen (§ 710 S. 1). A. und B. steht die Führung der Geschäfte im ganzen Umfange gemeinschaftlich zu (§§ 710 S. 2, 709). — Ist im Vertrage dem D. der innere Betrieb (Buchführung, Korrespondenz, Personal), dem E. der Einkauf, dem F. der Verkauf übertragen, so ist jeder in seinem Ressort alleiniger Geschäftsführer. Die Uebrigen sind von der Geschäftsführung in den den Anderen übertragenen Geschäftszweigen ausgeschlossen und haben in Folge dessen auch kein Widerspruchsrecht. Doch kann ihnen ein solches im Vertrag eingeräumt werden.

[37]) Vgl. Knoke S. 59 Anm. 12. — A. und B. besitzen als Gesellschafter ein Haus, dessen Wohnungen vermiethet werden. Der Ueberschuß wird getheilt. A. ist Geschäftsführer. Er will eine Wohnung an C. vermiethen. Dem B., welcher dies erfährt, ist bekannt, daß C. gänzlich zahlungsunfähig ist und daß sein ganzes Mobiliar einem Möbelverleiher gehört. Dann ist B. verpflichtet, dies dem A. mitzutheilen. Anderenfalls ist er dem A. zum Schadensersatze verpflichtet.

[38]) Siehe unten § 196 unter 5 S. 753 ff.

[39]) So zutreffend Endemann I § 181 Anm. 19. Vgl. auch Knoke S. 61 ff., Müller S. 436 ff., M. II S. 605.

[40]) Siehe oben unter 1 S. 742.

[41]) Vgl. M. II S. 606, Prot. II S. 422. Natürlich kann einem Gesellschafter auch von den Geschäftsführern ein Auftrag ertheilt werden. Dann finden die Vorschriften der

Ausschluß der übrigen die Geschäftsführung übertragen ist, so finden auf die Rechte und Pflichten der geschäftsführenden Gesellschafter gegenüber den übrigen Gesellschaftern in zweiter Reihe, — soweit sich nicht aus dem Gesellschaftsverhältniß ein Anderes ergiebt, — die für den Auftrag geltenden Vorschriften der §§ 664—670 Anwendung (§ 713).[42]) — Im Einzelnen gilt Folgendes:

a) Eine Vergütung kann der Geschäftsführer grundsätzlich für die Geschäftsführung nicht fordern; die Gegenleistung der übrigen Gesellschafter besteht in ihren Beiträgen[43]). Dagegen ist andererseits, da ein Auftragsverhältniß (§ 662) nicht vorliegt, die Zusicherung einer Vergütung nicht ausgeschlossen. Die Vergütung kann in einem Antheil am Gewinn oder in bestimmten Leistungen bestehen. Ob im Falle einer solchen Zusicherung die Vergütung beim Bestehen der Gesellschaft nur aus dem Gesellschaftsvermögen und in Ermangelung eines solchen erst bei der Auseinandersetzung (§§ 721, 733, 735) gefordert werden kann[44]) oder ob der geschäftsführende Gesellschafter, der die Vergütung zu beanspruchen hat, den übrigen Gesellschaftern wie ein dritter Gläubiger gegenüber steht, ist eine nach den Umständen des einzelnen Falles zu beantwortende Frage der Auslegung der betreffenden Vereinbarung.[45]) [46])

b) Die Rechte und Verpflichtungen der Geschäftsführer ergeben sich im

---

§§ 662 ff. ausschließlich Anwendung. Auch werden durch einen Auftrag an Einen die übrigen von der Führung der betreffenden Geschäfte nicht ausgeschlossen. Vgl. M. II S. 605, 608, Knoke S. 71.

[42]) Daß sich die Vorschrift des § 713 nur auf den Fall der Sonderregelung der Geschäftsführung durch den Gesellschaftsvertrag, nicht auf den Fall des § 709 bezieht, ergiebt einmal die Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Vgl. E. I § 639: „Auf die Rechte und Pflichten der im Gesellschaftsvertrage zur Geschäftsführung berufenen Gesellschafter gegenüber den übrigen Gesellschaftern . . . .“ M. II S. 606, Prot. II S. 422. Die jetzige Fassung des § 713 rührt von der Redaktionskommission her. Im übrigen ist, soweit alle Gesellschafter die Geschäfte gemeinschaftlich führen, in der Regel für Anwendung der §§ 664—670 gar kein Raum. Es kann sich bei diesen immer nur um das Verhältniß der geschäftsführenden zu den nicht geschäftsführenden Gesellschaftern handeln.

[43]) Siehe oben § 193 unter 3, d S. 731.

[44]) So die M. II S. 607 ff., Planck Anm. zu § 713, Knoke S. 70. Staub Anm. 2 zu § 114 nimmt dagegen stets eine reine Gläubigerforderung an. Beide Ansichten erscheinen jedoch in ihrer Allgemeinheit nicht zutreffend. Siehe die folgende Anmerkung.

[45]) A. und B. sind die Geschäftsführer der aus ihnen und C. bestehenden Gesellschaft. A. ist als Entgelt für die Geschäftsführung mit der Hälfte am Gewinne betheiligt, B. und C. nur mit einem Viertel. Hier finden auf die Vergütung des A. ausschließlich die Vorschriften über den Gewinn (§ 721) Anwendung. Dasselbe gilt für den Anspruch des B., der für die Geschäftsführung aus dem Gewinne 1000 Mk. vorweg erhalten soll. Ist im Gesellschaftsvertrage bestimmt, daß B. mit einem Viertel am Gewinne betheiligt sein und außerdem für die Geschäftsführung monatlich 100 Mk. erhalten solle, so kann auch hier die Absicht dahin gehen, daß die 100 Mk. nur aus dem Gewinn oder daß sie doch nur aus dem Gesellschaftsvermögen gezahlt werden sollen. Es kann aber auch gemeint sein, daß B., wenn der Gewinn oder das Gesellschaftsvermögen nicht ausreicht, eine sofort geltend zu machende Forderung gegen die Gesellschafter haben soll, so z. B. wenn A. und C. dem B. ein Fixum von 100 Mk. monatlich versprechen oder ihm diesen Betrag garantieren.

[46]) Im Anschluß an die Aeußerung der M. II S. 607, daß die Zusicherung einer Vergütung auch stillschweigend erfolgen könne, z. B. wenn der Gesellschafter nicht vorherzusehende Dienste geleistet hat, welche zu seinem Berufe gehören (vgl. § 229 I, 17 ALR.), werden als Beispiele einer solchen stillschweigenden Vereinbarung angeführt, daß ein Baumeister ein Haus für die Gesellschaft baut, ein Anwalt einen Prozeß führt. Zweifellos kann die Zusicherung auch stillschweigend erfolgen. Aber in den angeführten Fällen wird regelmäßig keine gesellschaftliche Geschäftsführung, sondern eine Geschäftsführung ohne Auftrag im Sinne der §§ 677 ff. oder ein stillschweigend geschlossener Dienst- oder Werkvertrag vorliegen.

Uebrigen aus den §§ 664—670.[47]) Dabei ist zu bemerken, daß die Uebertragung der Ausführung einzelner Geschäfte auf einen Dritten oft stillschweigend zugelassen sein wird.[48]) Dem Auftraggeber der § 665 ff. stehen die übrigen Gesellschafter gleich, welche dem Geschäftsführer die Geschäftsführung übertragen haben. Als Weisungen kommen diejenigen in Betracht, welche ihm bei der Uebertragung oder sonst in einer nach dem Gesellschaftsvertrage zulässigen Weise ertheilt sind.[49]) Die Pflicht zur Auskunftsertheilung und Rechenschaftsablegung nach § 666 besteht für den Geschäftsführer neben der aus § 721 sich ergebenden Verpflichtung zur Ertheilung des Rechnungsabschlusses[50]). Vorschuß und Ersatz von Aufwendungen (§§ 669, 670) kann der Geschäftsführer beim Bestehen der Gesellschaft nur aus dem Gesellschaftsvermögen verlangen (vgl. §§ 733, 735)[51]).

c) Für einen Schaden, welchen ein Gesellschafter bei Besorgung gemeinschaftlicher Angelegenheiten durch Zufall erlitten hat, kann er von den übrigen Gesellschaftern Ersatz nicht fordern[52]).

§ 712. 5. Daraus, daß die Geschäftsführung Gesellschaftsrecht und Gesellschaftspflicht ist, folgt, daß sie weder dem Gesellschafter ohne seine Zustimmung entzogen noch von ihm ohne Zustimmung der übrigen Gesellschafter aufgegeben werden kann[53]). Dies gilt ohne Einschränkung für die den Gesellschaftern nach dem Gesetze (§ 709 Abs. 1) zustehende Geschäftsführung.[54]) Dagegen hat das Gesetz in den Fällen, in denen die Geschäftsführung durch den Gesellschaftsvertrag übertragen worden ist, Ausnahmen zugelassen (§ 712).

a) Die Vorschriften des § 712 finden nur auf die durch den Gesellschaftsvertrag übertragene Befugniß zur Geschäftsführung Anwendung (§ 712 Abs. 1)[55]).

---

[47]) Siehe oben § 183 S. 694 ff. und § 184 S. 697 ff. Eine Wiederholung dieser Vorschriften erübrigt sich hier, da ihre Anwendung eine einfache ist. Nur die aus dem Gesellschaftsverhältnisse sich ergebenden Besonderheiten sind hervorzuheben.

[48]) Staub Anm. 5 zu § 114 HGB.

[49]) Nach Dernburg II § 358 III, 3 soll sich aus dem Gesellschaftsverhältniß ergeben, daß § 665 nicht Anwendung findet, weil der geschäftsführende Gesellschafter nach den Weisungen der Nichtgeschäftsführenden nicht zu fragen habe. Einmal kann es sich auch um Weisungen anderer Geschäftsführer handeln (§ 711). Aber auch die Weisungen der Nichtgeschäftsführenden bei der Uebertragung kommen in Betracht. Im Gesellschaftsvertrage des A. B. und C. ist bestimmt, daß der alleinige Geschäftsführer A. keine Wechsel für die Gesellschaft acceptieren dürfe. Auf diese Weisung findet § 665 Anwendung. Der Vertrag kann z. B. auch eine Bestimmung enthalten, daß Weisungen für die Geschäftsführer von der Mehrheit aller Gesellschafter beschlossen werden können. Vergl. S. Goldmann Nr. 10 zu § 114 HGB.

[50]) So zutreffend Knoke S. 68 Anm. 2 gegen Oertmann Anm. 2, c zu § 713. Vgl. auch S. Goldmann Nr. 11 zu § 114 HGB.

[51]) Anders als beim Auftrag und der entgeltlichen Geschäftsbesorgung (siehe oben § 184 Anm. 3 S. 697 und § 186 Anm. 6 S. 703) steht dem geschäftsführenden Gesellschafter ein klagbarer Anspruch auf die Vorschußleistung zu, da er ein Recht auf die Geschäftsführung hat (siehe oben unter 2 S. 743).

[52]) Anders für die offene Handelsgesellschaft HGB. § 310 Abs. 1. Vgl. M. II S. 609, Prot. II S. 423 (eine der handelsrechtlichen entsprechende Bestimmung ist von der zweiten Kommission ausdrücklich abgelehnt worden), Planck Anm. zu § 713, Cosack II § 267 Anm. 30, Knoke S. 69, Kipp in Windscheid Pand. II § 406 Zus. 3. Dernburg II § 358 Anm. 10, § 297 III und Oertmann Anm. 2 f. zu § 713 wollen einen solchen Schadensersatzanspruch gewähren. Siehe hierzu oben § 184 Anm. 4 S. 698.

[53]) Vgl. M. II S. 605.

[54]) Dagegen bezieht sich § 117 HGB. auch auf die gesetzliche Befugniß zur Geschäftsführung. Vgl. S. Goldmann Vorbem. und Nr. 2 zu § 117 HGB.

[55]) Darüber, daß das Gleiche für Abs. 2 gilt, siehe oben Anm. 20 S. 745.

Sie gelten aber für alle Fälle, in denen die Geschäftsführung abweichend von der Regel des § 709 Abs. 1 geordnet ist, und zwar auch für den Fall des § 709 Abs. 2.[56])

b) Die Entziehung kann erfolgen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Ein solcher Grund ist stets grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur Geschäftsführung. Welche Gründe sonst als wichtige zu gelten haben, ist nach den Umständen des einzelnen Falles zu entscheiden. Nicht erforderlich ist, daß ein Verschulden des Geschäftsführers vorliegt.[57])

c) Die Entziehung erfolgt durch einstimmigen Beschluß der übrigen Gesellschafter,[58]) mögen sie gleichfalls Geschäftsführer oder von der Geschäftsführung ausgeschlossen sein[59]). Entscheidet nach dem Gesellschaftsvertrage bei der Geschäftsführung aller Gesellschafter die Mehrheit der Stimmen, so erfolgt auch die Entziehung durch Mehrheitsbeschluß der übrigen Gesellschafter[60]). Im Falle des § 709 Abs. 2 erfolgt die Entziehung durch einstimmigen Beschluß der durch die Mehrheit geschädigten Minderheit[61]).

d) Mit der Entziehung der Befugniß zur Geschäftsführung fällt diese nicht nur für den Ausgeschlossenen fort, sondern es tritt, wenn der Gesellschaftsvertrag nicht andere Bestimmungen enthält, die gemeinschaftliche Geschäftsführung nach § 709 Abs. 1 ein[62]), auch wenn noch andere Geschäftsführer vorhanden sind[63]). — Erfolgt die Entziehung ohne wichtigen Grund, so wird die Befugniß des Geschäftsführers durch sie nicht berührt.

e) Der geschäftsführende Gesellschafter kann auch seinerseits die Geschäftsführung kündigen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt (§ 712 Abs. 2). Als ein solcher können auch persönliche Verhältnisse des Geschäftsführers in Betracht kommen[64]). Auf eine unzeitige Kündigung findet die Vorschrift des § 671 Abs. 2

---

[56]) Ebenso Knoke S. 64, Cosack II § 267 Anm. 25. Es kann zweifelhaft sein, ob im Falle des § 709 Abs. 2 eine Uebertragung der Geschäftsführung durch den Gesellschaftsvertrag vorliegt. Die Frage dürfte aber zu bejahen sein. Die Geschäftsführung enthält zwei Bestandtheile: Die Entscheidung über die Vornahme des Geschäfts und die Vornahme selbst (siehe oben unter 1 S. 742 und Anm. 17 S. 745). Bestimmt der Gesellschaftsvertrag, daß die Mehrheit über die Vornahme zu entscheiden hat (§ 709 Abs. 2), so überträgt er insoweit die Geschäftsführung auf die Mehrheit.

[57]) Die Entziehung ist z. B. gerechtfertigt, wenn der Geschäftsführer andauernd krank ist oder wenn ihm die Fähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung fehlt.

[58]) Nicht, wie im Falle des § 117 HGB., durch gerichtliche Entscheidung. Der Auszuschließende stimmt nicht mit.

[59]) Die Ausschließung ist kein Akt der Geschäftsführung. Siehe oben unter 1 S. 743. — Wenn nur zwei Gesellschafter vorhanden sind, entscheidet der Andere allein.

[60]) Was mit den Worten des § 712 Abs. 1 „falls nach dem Gesellschaftsvertrage die Mehrheit der Stimmen entscheidet", gemeint ist, ist nicht ganz klar. Es soll wohl damit nicht nur gesagt sein, daß das Erforderniß der Einstimmigkeit nur dispositiver Natur ist, vielmehr deutet die Uebereinstimmung des Wortlauts darauf hin, daß der Fall des § 709 Abs. 1 getroffen werden sollte. Wenn die Geschäftsführung mehreren Gesellschaftern unter Ausschluß der übrigen übertragen ist und wenn in diesem Falle die Mehrheit der Geschäftsführer entscheidet (§ 710 S. 2), genügt für die Ausschließung ein Mehrheitsbeschluß nicht.

[61]) So Knoke S. 64.

[62]) An dieser nimmt auch der Ausgeschlossene gemäß § 709 Abs. 1 theil. Vgl. bei Anm. 54.

[63]) Vgl. insbesondere Staub Anm. 4 zu § 117 HGB., Oertmann Anm. 4 zu § 712, Knoke S. 65. Theilweise abweichend S. Goldmann Nr. 8 zu § 117 HGB.

[64]) Dernburg II § 358 III, 2 a. E., Knoke S. 76, S. Goldmann Nr. 14 zu § 117 HGB. Z. B. persönliche Differenzen mit den anderen Gesellschaftern, anderweitige Ueberlastung mit Geschäften.

Anwendung. Auch im Falle der Kündigung tritt die Geschäftsführung nach § 709 Abs. 1 ein.

f) Auf das Entziehungs- und Kündigungsrecht des § 712 kann nicht verzichtet werden [65].

§ 196. Rechtsverhältniß der Gesellschafter unter einander.

3. Gewinn und Verlust. Recht der Kontrolle. Vertretungspflicht. Uebertragbarkeit der Ansprüche.

1. Gewinn der Gesellschaft ist der Betrag, um den sich die Kapital-Einlagen der Gesellschafter vermehren, Verlust der Betrag, um den sich diese Einlagen vermindern und der nach gänzlicher Aufzehrung der Einlagen zur Deckung des Fehlbetrags erforderlich ist [1].

§ 722. 2. Ueber die Antheile der Gesellschafter am Gewinn und Verlust entscheidet in erster Reihe der Gesellschaftsvertrag [2]. Die Antheile können beliebig bestimmt werden. Sie können z. B. für alle Gesellschafter gleich sein, auch wenn die Beiträge verschieden sind, oder umgekehrt. Sie können entsprechend der Verschiedenheit der Beiträge nach Art und Größe ungleich festgesetzt [3], auch können einzelne Gesellschafter nur am Gewinn oder nur am Verluste betheiligt sein [4]. Doch gilt eine im Gesellschaftsvertrag nur über den Antheil am Gewinn oder nur über den Antheil am Verluste getroffene Bestimmung im Zweifel für Gewinn und Verlust (§ 722 Abs. 2) [5].

3. Sind die Antheile am Gewinn und Verlust im Gesellschaftsvertrage nicht bestimmt, so hat jeder Gesellschafter ohne Rücksicht auf die Art und die Größe seines Beitrags einen gleichen Antheil am Gewinn und Verluste (§ 722 Abs. 1). Dies gilt insbesondere auch für diejenigen Gesellschafter, welche kein Kapital beitragen, deren Beitrag vielmehr nur in der Leistung persönlicher Dienste besteht [6]. Der Gewinn wird im Falle des § 722 nach Köpfen unter die Gesellschafter vertheilt, ohne daß zunächst eine Verzinsung der Einlagen aus dem Gewinne stattfindet. [7])

---

[65]) Ebenso Oertmann Anm. 2, e zu § 712, Knoke S. 64 und 67, S. Goldmann Nr. 16 zu § 117 HGB. Für das Kündigungsrecht folgt dies aus § 671 Abs. 3 (§ 712 Abs. 2). Es muß aber nach der Natur des Geschäftsführungs-Verhältnisses auch für Abs. 1 des § 712 gelten.

[1]) Dernburg II § 361, Oertmann Anm. 3, Kuhlenbeck Anm. 1 zu § 722.

[2]) Siehe oben § 193 unter II, 3 f S. 734.

[3]) A. legt 30000 Mk. ein, B. 30000, C. 10000 Mk., D. ist unter Ausschluß der Uebrigen nur zur Geschäftsführung verpflichtet. Es kann bestimmt werden, daß Jeder zu $^1/_4$ am Gewinn und Verluste betheiligt sein soll oder D. zur Hälfte, die Anderen je zu $^1/_6$, oder D. zur Hälfte, A. zu $^1/_3$, B. und C. je zu $^1/_{12}$ oder beliebige andere Variationen, oder daß aus dem Gewinn in erster Reihe die Einlagen mit 4% verzinst (Betheiligung nach der Größe der Einlage) und der Rest zu gleichen oder verschiedenen Theilen vertheilt werden soll, oder daß D. für seine Geschäftsführung aus dem Gewinne (siehe oben § 195 Anm. 45 S. 749) zunächst 3000 Mk. erhalten und der Rest nach Köpfen oder in ungleichen Theilen getheilt werden soll u. s. w.

[4]) Siehe oben § 193 Anm. 17 S. 732.

[5]) Zwar kann der Ausschluß eines Gesellschafters vom Gewinn oder vom Verluste, wie grundsätzlich die Abgabe jeder Willenserklärung, auch stillschweigend erfolgen. Aber man wird hier besondere Deutlichkeit der stillschweigenden Erklärung verlangen und, wenn eine solche nicht vorliegt, die Auslegungsregel des § 722 Abs. 2 anwenden müssen.

[6]) M. II S. 616.

[7]) An sich haben die Gesellschafter von einander oder von der Gesellschaft Zinsen für ihre Einlagen nicht zu fordern. Die Verzinsung kann als eine feste vereinbart werden

4. Wann die Feststellung, ob Gewinn oder Verlust vorliegt (Rechnungsabschluß, Bilanz), und die Vertheilung des Gewinns oder des Verlustes stattzufinden hat, bestimmt in erster Reihe der Gesellschaftsvertrag. Enthält dieser eine Bestimmung nicht[8]), so können die Gesellschafter den Rechnungsabschluß und die Vertheilung des Gewinns und Verlustes erst nach der Auflösung der Gesellschaft verlangen[9]) (§ 721 Abs. 1). Dauert die Gesellschaft länger als ein Jahr[10]), so haben im Zweifel der Rechnungsabschluß und die Gewinnvertheilung[11]) am Schlusse jedes Geschäftsjahrs[12]) zu erfolgen (§ 721 Abs. 2). — Die Vertheilung des Gewinns besteht in dessen Auszahlung an die Gesellschafter und zwar auch dann, wenn sie erfolgt, obwohl die Gesellschaft noch weiter besteht (§ 721 Abs. 1)[13]). Soll sie erst nach Auflösung der Gesellschaft erfolgen (§ 721 Abs. 1), so ist der Gesellschafter vorher zu irgend welchen Entnahmen nicht berechtigt[14]). **§ 721.**

5. Jeder Gesellschafter hat während der ganzen Zeit des Bestehens der **§ 716.**

(vgl. HGB. Art. 268). Dann bilden die Zinsen eine gemeinschaftliche Schuld der Gesellschafter, vor deren Tilgung kein Gewinn vorhanden ist, und die, soweit ein Gewinn nicht erzielt wird, den Verlust erhöht. Oder die Verzinsung kann derart vereinbart werden, daß Zinsen nur, soweit ein Gewinn vorhanden ist, aus diesem gezahlt werden (vgl. HGB. § 121 Abs. 1). — Für die offene Handelsgesellschaft gilt in Ansehung der Gewinnvertheilung HGB. § 121 Abs. 1, nicht BGB. § 722 Abs. 1. Für den Antheil jedes Gesellschafters am Verluste sind die Bestimmungen die gleichen (BGB. § 722, Abs. 1, HGB. § 121 Abs. 3). § 722 Abs. 2 gilt auch für das Handelsrecht. Vgl. S. Goldmann Nr. 10 zu § 121 HGB.

[8]) Oft wird eine stillschweigende Vereinbarung vorliegen, z. B. wird bei Vermittelungsgeschäften, wie Staub Exkurs zu § 342 Anm. 40 zutreffend ausführt, der Vertrag häufig dahin auszulegen sein, daß eine Gewinnvertheilung nach Erledigung eines jeden Geschäfts zu erfolgen hat.

[9]) Der Anspruch steht dem einzelnen Gesellschafter zu. Er richtet sich gegen die Geschäftsführer oder, wenn die Geschäfte von allen Gesellschaftern gemeinschaftlich geführt werden, gegen die übrigen Gesellschafter.

[10]) Müller S. 428 will unter Gesellschaften „von längerer Dauer" nur solche von einer zwei Jahre übersteigenden Dauer verstehen. Auch nach Oertmann (Anm. 2 zu § 721) muß es sich um mehrere Geschäftsjahre handeln, da sonst die Vorschrift des Abs. 2 sinnlos wäre. Dies kann nicht zugegeben werden. Der Sinn der Vorschrift ist der, daß die Gesellschafter im Zweifel spätestens stets nach Ablauf eines Jahres Rechnungsabschluß und Gewinnvertheilung sollen verlangen können (vgl. HGB. § 120 Abs. 1). § 722 Abs. 1 muß deshalb gelten, sobald die Gesellschaft länger als ein Jahr dauert.

[11]) Nicht die Vertheilung des Verlustes. Für diese gilt die Auslegungsregel des Abs. 2 § 721 nicht. Sie erfolgt in Ermangelung einer abweichenden Vertragsbestimmung stets erst nach Auflösung der Gesellschaft (§ 721 Abs. 1).

[12]) Das Geschäftsjahr beginnt, wenn nicht etwas Anderes im Gesellschaftsvertrage bestimmt ist, mit dem Beginne der Gesellschaft. Es fällt also nicht nothwendig mit dem Kalenderjahre zusammen. Vgl. Staub Anm. 3 zu § 39 HGB., S. Goldmann Nr. 1 zu § 120 HGB. — Nicht gerechtfertigt ist die Bemerkung von Cosack (II § 267 Anm. 40), im § 721 Abs. 2 (vgl. HGB. § 120 Abs. 1) liege ein Redaktionsfehler vor. Es müsse statt „am Schlusse" jedes Geschäftsjahrs „bei Beginn" des neuen Geschäftsjahrs heißen. Schluß des alten und Beginn des neuen Geschäftsjahrs fallen auf denselben Zeitpunkt. Der Rechnungsabschluß und die Gewinnvertheilung können naturgemäß nicht gerade in diesem Zeitpunkte vorgenommen werden, mag man ihn als Schluß des alten oder als Beginn des neuen Jahres bezeichnen (vgl. S. Goldmann Nr. 2 zu § 120 HGB). Die erstere Bezeichnung ist aber korrekter, weil die Vorschrift des § 721 Abs. 2 nicht nur die Bedeutung hat, daß der Anspruch in diesem Zeitpunkt entsteht, sondern auch, daß der Rechnungsabschluß und die Gewinnvertheilung für das verflossene Geschäftsjahr zu erfolgen haben.

[13]) Eine Zuschreibung des Gewinns zu den Einlagen (vgl. HGB. § 120 Abs. 2) findet also nicht statt.

[14]) Anders HGB. § 122. Der Gesellschaftsvertrag kann abweichende Bestimmungen treffen.

Gesellschaft ein Interesse daran, von dem Stande der Gesellschaftsangelegenheiten Kenntniß zu nehmen und die anderen Gesellschafter zu kontrollieren. Das Gesetz gewährt ihm deshalb neben dem Rechte, das ihm nach den Vorschriften des § 721 auf den Rechnungsabschluß zusteht, das Recht, sich jederzeit von den Angelegenheiten der Gesellschaft persönlich zu unterrichten, die Geschäftsbücher und die Papiere der Gesellschaft einzusehen und sich aus ihnen eine Uebersicht über den Stand des Gesellschaftsvermögens anzufertigen (§ 716 Abs. 1). Dieses Recht steht allen Gesellschaftern zu, also auch denjenigen, welche von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind[15]. Gegenstand des Anspruchs ist nicht eine Leistung der anderen Gesellschafter — Ertheilung von Auskunft, Hergabe der Bücher und Papiere, Anfertigung eines Status — sondern ein Dulden, d. h. daß der Gesellschafter die Geschäftsräume betritt, daß er Bücher und Papiere dort einsieht[16]), daß er sich selbst einen Status anfertigt[17]). Das Kontrollrecht des § 716 ist ein dem Gesellschafter in dieser seiner Eigenschaft persönlich gegen die anderen Gesellschafter zustehendes Recht. Der bezügliche Anspruch kann daher nicht auf einen Anderen übertragen (§ 717 S. 1), das Recht kann nicht durch einen Vertreter ausgeübt werden. Nur der gesetzliche Vertreter kann für den Vertretenen die Rechte aus § 716 ausüben[18]). Zuziehung eines Sachverständigen müssen die anderen Gesellschafter dulden, soweit Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte die Duldung rechtfertigen (§ 242)[19]). Die Kosten der Ausübung der Rechte aus § 716, z. B. die Kosten des zugezogenen Sachverständigen, hat der Gesellschafter selbst zu tragen[20]). — Das dem einzelnen Gesellschafter nach § 716 Abs. 1 zustehende Kontrollrecht kann durch Vereinbarung ausgeschlossen oder beschränkt werden. Doch steht eine solche Vereinbarung der Geltendmachung des Rechtes nicht entgegen, wenn Grund zu der Annahme unredlicher Geschäftsführung besteht (§ 716 Abs. 2). Es ist nicht erforderlich, daß eine Unredlichkeit nachgewiesen wird, vielmehr genügt es, daß der Verdacht einer Unredlichkeit oder auch nur ein Grund zu einem solchen Verdachte vorliegt[21]). Daß dies der Fall ist, hat

[15]) Keineswegs bezieht sich § 716 nur auf die von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter, wie vielfach angenommen zu werden scheint. Vgl. die Ueberschriften zu § 716 bei Fischer-Henle, Kuhlenbeck, Neumann Anm. 1 zu § 716, Dernburg II § 359 VI, dagegen Planck Anm. 1 zu § 716, Knoke S. 60, Staub zu § 118 HGB., S. Goldmann Nr. 1 zu § 118 HGB.

[16]) Eine Herausgabe der Bücher und Papiere zum Zwecke der Einsichtnahme kann der Gesellschafter nicht verlangen. Vgl. Planck Anm. 1 zu § 716, Müller S. 428.

[17]) Von den §§ 713, 666 unterscheidet sich § 716 dadurch, daß erstere das Verhältniß der Geschäftsführer zu der Gesellschaft (den übrigen Gesellschaftern in ihrer Vereinigung) regeln (Staub Anm. 7 zu § 118 HGB.), § 716 das Verhältniß der Geschäftsführer zu den einzelnen Gesellschaftern beziehungsweise der einzelnen Gesellschafter unter einander. § 666 verpflichtet zu einem Leisten, § 716 zu einem Dulden. — Für das Handelsrecht vgl. HGB. §§ 118, 166, 338.

[18]) Wenn zum eingebrachten Gute die Betheiligung an einer Gesellschaft gehört, so kann nur der Ehemann die Rechte aus § 716 ausüben. Die Ausübung ist ein Akt der Verwaltung des eingebrachten Gutes, welche kraft Gesetzes dem Ehemanne, nicht der Ehefrau, zusteht. A. M. Oertmann Anm. 2 zu § 716, Staub Anm. 3 zu § 118 HGB., Busch Arch. Bd. 2 S. 173. Dernburg (II § 358 VI) nimmt an, daß der Ehemann nur aus guten Gründen zurückgewiesen werden kann.

[19]) Ueber alle diese Sätze herrscht Einstimmigkeit. Vgl. Knoke S. 60, Planck Anm. 1, Neumann Anm. 1, 2, Oertmann Anm. 2, Fischer-Henle Anm. 3 zu § 716, Dernburg § 358 VI, S. Goldmann Nr. 3—7 zu § 118 HGB., über Zuziehung eines Sachverständigen auch RG. Bd. 25 S. 88. Die Zuziehung eines Konkurrenten brauchen die Gesellschafter regelmäßig nach Treu und Glauben nicht zu dulden.

[20]) Planck Anm. 1 zu § 716 a. E.

[21]) Prot. II S. 425 IV im Gegensatze zu E. I § 643 Abs. 2. Vgl. S. Goldmann Nr. 15, 16 zu § 118 HGB.

gegenüber der Vereinbarung des Ausschlusses oder der Beschränkung des Kontrollrechts der Gesellschafter zu beweisen, welcher das Recht trotzdem geltend macht[22]).

§ 708.

6. Bei der Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen hat der Gesellschafter nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (§ 708)[23]). Diese Ermäßigung der durch § 276 als Regel vorgeschriebenen Haftung[24]) bezieht sich einerseits auf alle gesellschaftlichen Verpflichtungen, d. h. auf alle diejenigen, welche auf dem Gesellschaftsverhältniß als solchem beruhen, mögen sie im Uebrigen dem Gesellschafter gegen die Gesellschaft oder gegen die einzelnen Gesellschafter obliegen. Sie gelten z. B. ebenso für die Erfüllung der gesellschaftlichen Pflicht zur Geschäftsführung und der einzelnen sich aus dieser ergebenden Verbindlichkeiten (§§ 713, 664—670)[25]) wie für die Erfüllung der jedem Gesellschafter nach § 716 gegenüber jedem anderen einzelnen Gesellschafter obliegenden Duldungspflicht[26]). Auf der anderen Seite bezieht sich die Vorschrift des § 708 nicht auf diejenigen Verpflichtungen, welche zwar einem Gesellschafter, aber nicht auf Grund des Gesellschaftsverhältnisses, sondern eines besonderen Rechtsverhältnisses obliegen, z. B. eines Auftrags, eines Dienst- oder Werkvertrags[27])[28]).

§ 717.

7. Die einzelnen Ansprüche, die den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsverhältnisse gegen einander zustehen, sind nicht übertragbar (§ 717 S. 1)[29]), so der Anspruch auf die Leistung der Beiträge (§ 705), auf die Geschäftsführung (§ 709), die Ansprüche aus der Geschäftsführung (§ 713), z. B. auf Auskunftsertheilung und

---

[22]) Vgl. Neumann Anm. 3 zu § 716.

[23]) Vgl. hierzu M. II S. 601, Prot. II S. 418 ff.

[24]) Ueber die diligentia quam suis siehe oben § 33 unter 4 S. 138 und § 84 S. 330.

[25]) Siehe oben § 195 unter 4 S. 748 ff. A. M. Endemann I § 181 Anm. 9, nach dem für die Haftung aus den §§ 664 ff. gemäß dem § 713 die Normen über den Auftrag maßgebend sein und die Geschäftsführer daher nach § 276 haften sollen. Zur Widerlegung dieser Ansicht braucht und kann man sich nicht darauf beziehen, daß nach dem § 713 die §§ 664—670 nur Anwendung finden sollen, „soweit sich nicht aus dem Gesellschaftsverhältniß ein anderes ergiebt". Vielmehr bestimmt § 713 nur, welche Verpflichtungen den Geschäftsführern obliegen, er enthält aber keine Vorschrift darüber, für welche Sorgfalt die Geschäftsführer bei der Erfüllung dieser Verpflichtungen einzutreten haben. Hierfür muß danach § 708 gelten.

[26]) Siehe oben unter 5.

[27]) Siehe oben § 195 Anm. 41 und 46 S. 748, 749. Vergl. S. Goldmann Nr. 18 zu § 109 HGB. — A. B. und C. bilden eine Gesellschaft. A. soll sein Waarenlager beitragen. B. und C. sind alleinige Geschäftsführer. A., der stets, auch bei sich, leichtsinnig mit Feuer umgeht, hat das Waarenlager eingebracht bis auf einige Stücke Tuch, die infolge einer groben Fahrlässigkeit des A. verbrannt sind. A. haftet hierfür nach den §§ 708, 277. — B., dem die Kassenführung übertragen ist, verwahrt die Gesellschaftskasse ebenso wie seine eigene in dem mit einem Sicherheitsschlosse versehenen Pulte statt im Geldspinde. Wenn die Kasse bei einem Einbruche gestohlen wird, ist B. hierfür nach § 708 nicht verantwortlich. — C., welcher Arzt ist, wird beauftragt, einen erkrankten Angestellten zu behandeln. Hierbei haftet er nach § 276.

[28]) Darüber, daß § 708 nicht den Inhalt der Vertretungspflicht, die Folgen der Haftung regelt, siehe oben § 84 unter III S. 331.

[29]) Der § 717 bezieht sich nicht auf die Uebertragung der Rechte, des Antheils am Gesellschaftsvermögen (§ 719 Abs. 1) und die Aufnahme eines neuen Gesellschafters (siehe hierüber unten § 197 unter 4 S. 759 und § 201 unter I, 4, b S. 784), sondern auf die Uebertragung der einzelnen obligatorischen Ansprüche der Gesellschafter gegen einander (vgl. M. II S. 613 ff.). Unklar sind die Ausführungen und der Beschluß der zweiten Kommission, nach denen im § 717 an Stelle von „Forderungen" (E. I § 644) „Ansprüche" gesetzt worden ist, damit deutlicher hervortrete, daß das Gesellschaftsverhältniß als Ganzes nicht übertragen werden könne (Prot. II S. 425 V).

Rechnungslegung (§ 666)[30], der Anspruch auf Einsicht der Bücher und Papiere (§ 716). Die Unübertragbarkeit dieser Ansprüche gründet sich darauf, daß der Gesellschaftsvertrag auf gegenseitigem Vertrauen beruht. Das Gesellschaftsverhältniß ist in Folge dessen nach der passiven wie nach der aktiven Seite an die Personen der Gesellschafter gebunden[31] (vgl. § 399). — Aus der Nichtübertragbarkeit der einzelnen Ansprüche folgt, daß an ihnen auch ein Pfandrecht oder ein Nießbrauch nicht bestellt werden kann (§§ 1274 Abs. 2, 1069 Abs. 2), daß sie der Pfändung nicht unterliegen (CPO. § 851)[32] und daß sie als solche nicht zur Konkursmasse gehören (KO. § 1)[33]. Von dem Grundsatze der Unübertragbarkeit nimmt das Gesetz diejenigen Ansprüche aus, welche sich aus dem Gesellschaftsverhältnisse losgelöst haben und sich als davon unabhängig und selbständig darstellen[34]. Uebertragbar sind danach die Ansprüche auf einen Gewinnantheil (§ 721) oder auf dasjenige, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt (§§ 731 ff.), sowie von den Ansprüchen, die einem Gesellschafter aus seiner Geschäftsführung zustehen, diejenigen, deren Befriedigung vor der Auseinandersetzung verlangt werden kann (§ 717 S. 2)[35]. Die Uebertragbarkeit erstreckt sich ausschließlich auf die angeführten Ansprüche, nicht auch auf andere gesellschaftliche Ansprüche, selbst wenn von diesen die Entstehung oder Durchführung des übertragenen Anspruchs abhängig ist[36]. — Die Vorschriften des § 717 sind nicht zwingender Natur. Im Gesellschaftsvertrage kann sowohl vereinbart werden, daß die Ansprüche des § 717 S. 1 übertragbar, wie daß die Ansprüche des S. 2 nicht übertragbar sein sollen (§ 399)[37].

§ 197. Das Gesellschaftsvermögen.[1])

§ 718. 1. Die Gesellschafter[2]) können und werden in der Regel[3]) als solche gemein-

---

[30]) RG. Bd. 52 S. 35 ff.

[31]) So M. II S. 614.

[32]) Es sei wiederholt darauf hingewiesen, daß es sich hier um die einzelnen Ansprüche des Gesellschafters, nicht um seinen Antheil am Gesellschaftsvermögen handelt. Ueber die Pfändung dieses Antheils vgl. CPO. § 859, BGB. § 725.

[33]) Vgl. BGB. § 728, KO. § 16.

[34]) M. II S. 614.

[35]) Siehe hierzu oben § 195 unter 4 S. 748 ff. Uebertragbar ist z. B. der Anspruch des Geschäftsführers auf die vor der Auseinandersetzung zu zahlende Vergütung (siehe S. 749 Anm. 45), auf Vorschuß (§§ 713, 669), Ersatz von Aufwendungen (§ 670).

[36]) Vgl. hierzu Staub Exkurs zu § 122 Anm. 25, S. Goldmann No. 32 zu § 109 HGB., Cosack II § 267 VII, 2. Wenn der Gewinnantheil oder der Auseinandersetzungsantheil übertragen ist, so bleibt doch das Recht auf die Geschäftsführung bei dem Gesellschafter, der also durch seine Maßnahmen die Uebertragung gegenstandslos machen kann. Ebensowenig kann mit der Uebertragung des Gewinnantheils oder des Auseinandersetzungsantheils der Anspruch auf Rechnungslegung übertragen werden, selbst nicht nach Beendigung der Gesellschaft (so zutreffend RG. Bd. 52 S. 35 ff., 38). Dagegen erscheint zu weitgehend die Ansicht von Staub a. a. O., der Gesellschafter, welcher seinen Gewinnantheil abgetreten hat, könne trotzdem durch Vereinbarungen mit den anderen Gesellschaftern die Existenz und die Fälligkeit des übertragenen Anspruchs ändern, er könne z. B. wirksam vereinbaren, daß er den Gewinnantheil nicht erheben, sondern im Geschäfte belassen solle. Eine solche Vereinbarung wäre dem Erwerber des Anspruchs gegenüber ohne Wirkung. Hier handelt es sich nicht um eine Maßnahme der Geschäftsführung, sondern um eine Verfügung über den Anspruch, den das Gesetz für übertragbar erklärt. Ist die Uebertragung zuläsig, so braucht der Erwerber die Verfügung nicht gegen sich gelten zu lassen (§ 407 Abs. 1).

[37]) Vgl. Neumann Anm. I zu § 717.

[1]) Darüber, daß unter Vermögen nur der Inbegriff der Aktiva zu verstehen ist, siehe oben § 25 Anm. 5 S. 115. Ueber die gemeinschaftlichen Schulden der Gesellschafter siehe unten § 198 unter III S. 765.

schaftliches Vermögen besitzen. Das Gesetz bezeichnet das gemeinschaftliche Vermögen der Gesellschafter als Gesellschaftsvermögen (§ 718 Abs. 1).

2. Das Gesellschaftsvermögen setzt sich zusammen aus den Beiträgen der Gesellschafter, den durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenständen und dem Erwerb auf Grund eines zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstandes (§ 718). In anderer als in der im § 718 bestimmten Weise kann Gesellschaftsvermögen nicht erworben werden[4]). Auf einen anderen gemeinschaftlichen Erwerb der Gesellschafter finden nicht die §§ 705 ff., 718 ff., sondern die §§ 741 ff. oder die für das betreffende Rechtsverhältniß gegebenen Sondervorschriften Anwendung[5]).

3. Die Vorschrift des § 718 bedeutet, daß die dort bezeichneten Gegenstände, wenn sie für die Gesellschaft erworben werden, deren gemeinschaftliches Vermögen werden. Sie besagt nichts darüber, in welcher Weise sich der Erwerb für die Gesellschafter vollzieht, insbesondere nicht, daß durch ein gewisses Einbringen von Gegenständen in die Gesellschaft der Uebertragungswille und die Annahme gleichsam ersetzt werden. Vielmehr bestimmt sich der Erwerb eines Gegenstandes für die Gesellschafter nach den allgemeinen Grundsätzen[6]). Die Beiträge werden Gesellschaftsvermögen mit ihrer Leistung an die Gesellschafter. Ein Grundstück wird erst mit der Auflassung, eine bewegliche Sache mit der Uebergabe, eine Forderung mit der Abtretung an die Gesellschafter Bestandtheil des Gesellschaftsvermögens[7]). Das Gleiche gilt in Ansehung der durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände. Es genügt nicht die Absicht des Geschäftsführers, für die

---

[2]) Es ist schon hier zu beachten, daß nach § 718 Abs. 1 das gemeinschaftliche Vermögen den Gesellschaftern, nicht der Gesellschaft gehört. Im übrigen sollen hier und im Folgenden zunächst nur die positiven Bestimmungen des Gesetzes dargestellt werden. Erst aus diesen in ihrer Gesammtheit kann die rechtliche Natur des Gesellschaftsvermögens erkannt, das Wesen der Gesellschaft bestimmt und aus diesem wiederum das Material für die Beantwortung mancher Einzelfragen geschöpft werden. Siehe hierüber unten § 201 S. 782 ff.

[3]) Siehe oben § 193 unter II, 4 S. 734.

[4]) Der § 718 bestimmt erschöpfend, was gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter (Gesellschaftsvermögen) wird. (A. M. Dernburg II § 359 I.) Siehe hierüber oben § 22 unter 2 S. 96, Anm. 9 S. 97, insbesondere auch darüber, daß die Gesellschaft nicht erbfähig ist.

[5]) Herr A. und Frl. B. sind die Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft X. & Co. (HGB. § 105 Abs. 2). A. ist der alleinige Geschäftsführer. Erwirbt er als solcher ein Grundstück für die Gesellschaft, so gehört dies zum Gesellschaftsvermögen. Erwerben A. und B. gemeinschaftlich ein Haus für ihre Privatzwecke, so wird es Miteigenthum gemäß §§ 741 ff., 1008 ff. Setzt C. die offene Handelsgesellschaft X. & Co. als Erbin ein, so kann man annehmen, daß damit A. und B. eingesetzt sein sollen, aber der Nachlaß gehört nicht zum Gesellschaftsvermögen, vielmehr bestimmt sich das Rechtsverhältniß von A. und B. in Ansehung des Nachlasses des C. nach den §§ 2032 ff. Wenn sich A. und B. heirathen und die allgemeine Gütergemeinschaft vereinbaren, so wird beider Vermögen zwar gemeinschaftliches Vermögen, aber nicht Gesellschaftsvermögen, sondern Gesammtgut im Sinne der §§ 1438 ff.

[6]) Vgl. E. I § 631 Abs. 3, M. II S. 599, Prot. II S. 418. Siehe auch oben § 194 unter 3 a S. 738.

[7]) Darüber, daß nicht schon der Anspruch auf Leistung der Beiträge zum Gesellschaftsvermögen gehört, siehe oben § 193 Anm. 15 S. 731. — Die Abtretung kann, wenn zu ihr nur ein Vertrag erforderlich ist (§ 398), auch stillschweigend erklärt werden und eine solche Erklärung kann in dem Gesellschaftsvertrage gefunden werden, in dem die Einbringung der Forderung vereinbart ist. Doch soll eine solche Vereinbarung keineswegs stets auch gleich die Abtretung enthalten, insbesondere nicht, wenn die Gesellschaft erst später beginnen soll. Vgl. auch Planck Anm. 1 a zu § 718.

Rechnungslegung (§ 666)[30]), der Anspruch auf Einsicht der Bücher und Papiere (§ 716). Die Unübertragbarkeit dieser Ansprüche gründet sich darauf, daß der Gesellschaftsvertrag auf gegenseitigem Vertrauen beruht. Das Gesellschaftsverhältniß ist in Folge dessen nach der passiven wie nach der aktiven Seite an die Personen der Gesellschafter gebunden[31]) (vgl. § 399). — Aus der Nichtübertragbarkeit der einzelnen Ansprüche folgt, daß an ihnen auch ein Pfandrecht oder ein Nießbrauch nicht bestellt werden kann (§§ 1274 Abs. 2, 1069 Abs. 2), daß sie der Pfändung nicht unterliegen (CPO. § 851)[32]) und daß sie als solche nicht zur Konkursmasse gehören (KO. § 1)[33]). Von dem Grundsatze der Unübertragbarkeit nimmt das Gesetz diejenigen Ansprüche aus, welche sich aus dem Gesellschaftsverhältnisse losgelöst haben und sich als davon unabhängig und selbständig darstellen[34]). Uebertragbar sind danach die Ansprüche auf einen Gewinnantheil (§ 721) oder auf dasjenige, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt (§§ 731 ff.), sowie von den Ansprüchen, die einem Gesellschafter aus seiner Geschäftsführung zustehen, diejenigen, deren Befriedigung vor der Auseinandersetzung verlangt werden kann (§ 717 S. 2)[35]). Die Uebertragbarkeit erstreckt sich ausschließlich auf die angeführten Ansprüche, nicht auch auf andere gesellschaftliche Ansprüche, selbst wenn von diesen die Entstehung oder Durchführung des übertragenen Anspruchs abhängig ist[36]). — Die Vorschriften des § 717 sind nicht zwingender Natur. Im Gesellschaftsvertrage kann sowohl vereinbart werden, daß die Ansprüche des § 717 S. 1 übertragbar, wie daß die Ansprüche des S. 2 nicht übertragbar sein sollen (§ 399)[37]).

§ 197. Das Gesellschaftsvermögen.[1])

§ 718. 1. Die Gesellschafter[2]) können und werden in der Regel[3]) als solche gemein-

---

[30]) RG. Bd. 52 S. 35 ff.

[31]) So M. II S. 614.

[32]) Es sei wiederholt darauf hingewiesen, daß es sich hier um die einzelnen Ansprüche des Gesellschafters, nicht um seinen Antheil am Gesellschaftsvermögen handelt. Ueber die Pfändung dieses Antheils vgl. CPO. § 859, BGB. § 725.

[33]) Vgl. BGB. § 728, KO. § 16.

[34]) M. II S. 614.

[35]) Siehe hierzu oben § 195 unter 4 S. 748 ff. Uebertragbar ist z. B. der Anspruch des Geschäftsführers auf die vor der Auseinandersetzung zu zahlende Vergütung (siehe S. 749 Anm. 45), auf Vorschuß (§§ 713, 669), Ersatz von Aufwendungen (§ 670).

[36]) Vgl. hierzu Staub Exkurs zu § 122 Anm. 25, S. Goldmann No. 32 zu § 109 HGB., Cosack II § 267 VII, 2. Wenn der Gewinnantheil oder der Auseinandersetzungsantheil übertragen ist, so bleibt doch das Recht auf die Geschäftsführung bei dem Gesellschafter, der also durch seine Maßnahmen die Uebertragung gegenstandslos machen kann. Ebensowenig kann mit der Uebertragung des Gewinnantheils oder des Auseinandersetzungsantheils der Anspruch auf Rechnungslegung übertragen werden, selbst nicht nach Beendigung der Gesellschaft (so zutreffend RG. Bd. 52 S. 35 ff., 38). Dagegen erscheint zu weitgehend die Ansicht von Staub a. a. O., der Gesellschafter, welcher seinen Gewinnantheil abgetreten hat, könne trotzdem durch Vereinbarungen mit den anderen Gesellschaftern die Existenz und die Fälligkeit des übertragenen Anspruchs ändern, er könne z. B. wirksam vereinbaren, daß er den Gewinnantheil nicht erheben, sondern im Geschäfte belassen solle. Eine solche Vereinbarung wäre dem Erwerber des Anspruchs gegenüber ohne Wirkung. Hier handelt es sich nicht um eine Maßnahme der Geschäftsführung, sondern um eine Verfügung über den Anspruch, den das Gesetz für übertragbar erklärt. Ist die Uebertragung zulässig, so braucht der Erwerber die Verfügung nicht gegen sich gelten zu lassen (§ 407 Abs. 1).

[37]) Vgl. Neumann Anm. I zu § 717.

[1]) Darüber, daß unter Vermögen nur der Inbegriff der Aktiva zu verstehen ist, siehe oben § 25 Anm. 5 S. 115. Ueber die gemeinschaftlichen Schulden der Gesellschafter siehe unten § 198 unter III S. 765.

schaftliches Vermögen besitzen. Das Gesetz bezeichnet das gemeinschaftliche Vermögen der Gesellschafter als Gesellschaftsvermögen (§ 718 Abs. 1).

2. Das Gesellschaftsvermögen setzt sich zusammen aus den Beiträgen der Gesellschafter, den durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenständen und dem Erwerb auf Grund eines zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstandes (§ 718). In anderer als in der im § 718 bestimmten Weise kann Gesellschaftsvermögen nicht erworben werden[4]). Auf einen anderen gemeinschaftlichen Erwerb der Gesellschafter finden nicht die §§ 705 ff., 718 ff., sondern die §§ 741 ff. oder die für das betreffende Rechtsverhältniß gegebenen Sondervorschriften Anwendung[5]).

3. Die Vorschrift des § 718 bedeutet, daß die dort bezeichneten Gegenstände, wenn sie für die Gesellschaft erworben werden, deren gemeinschaftliches Vermögen werden. Sie besagt nichts darüber, in welcher Weise sich der Erwerb für die Gesellschafter vollzieht, insbesondere nicht, daß durch ein gewisses Einbringen von Gegenständen in die Gesellschaft der Uebertragungswille und die Annahme gleichsam ersetzt werden. Vielmehr bestimmt sich der Erwerb eines Gegenstandes für die Gesellschafter nach den allgemeinen Grundsätzen[6]). Die Beiträge werden Gesellschaftsvermögen mit ihrer Leistung an die Gesellschafter. Ein Grundstück wird erst mit der Auflassung, eine bewegliche Sache mit der Uebergabe, eine Forderung mit der Abtretung an die Gesellschafter Bestandtheil des Gesellschaftsvermögens[7]). Das Gleiche gilt in Ansehung der durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände. Es genügt nicht die Absicht des Geschäftsführers, für die

²) Es ist schon hier zu beachten, daß nach § 718 Abs. 1 das gemeinschaftliche Vermögen den Gesellschaftern, nicht der Gesellschaft gehört. Im übrigen sollen hier und im Folgenden zunächst nur die positiven Bestimmungen des Gesetzes dargestellt werden. Erst aus diesen in ihrer Gesammtheit kann die rechtliche Natur des Gesellschaftsvermögens erkannt, das Wesen der Gesellschaft bestimmt und aus diesem wiederum das Material für die Beantwortung mancher Einzelfragen geschöpft werden. Siehe hierüber unten § 201 S. 782 ff.

³) Siehe oben § 193 unter II, 4 S. 734.

⁴) Der § 718 bestimmt erschöpfend, was gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter (Gesellschaftsvermögen) wird. (A. M. Dernburg II § 359 I.) Siehe hierüber oben § 22 unter 2 S. 96, Anm. 9 S. 97, insbesondere auch darüber, daß die Gesellschaft nicht erbfähig ist.

⁵) Herr A. und Frl. B. sind die Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft X. & Co. (HGB. § 105 Abs. 2). A. ist der alleinige Geschäftsführer. Erwirbt er als solcher ein Grundstück für die Gesellschaft, so gehört dies zum Gesellschaftsvermögen. Erwerben A. und B. gemeinschaftlich ein Haus für ihre Privatzwecke, so wird es Miteigenthum gemäß §§ 741 ff., 1008 ff. Setzt C. die offene Handelsgesellschaft X. & Co. als Erbin ein, so kann man annehmen, daß damit A. und B. eingesetzt sein sollen, aber der Nachlaß gehört nicht zum Gesellschaftsvermögen, vielmehr bestimmt sich das Rechtsverhältniß von A. und B. in Ansehung des Nachlasses des C. nach den §§ 2032 ff. Wenn sich A. und B. heirathen und die allgemeine Gütergemeinschaft vereinbaren, so wird beider Vermögen zwar gemeinschaftliches Vermögen, aber nicht Gesellschaftsvermögen, sondern Gesammtgut im Sinne der §§ 1438 ff.

⁶) Vgl. E. I § 631 Abs. 3, M. II S. 599, Prot. II S. 418. Siehe auch oben § 194 unter 3a S. 738.

⁷) Darüber, daß nicht schon der Anspruch auf Leistung der Beiträge zum Gesellschaftsvermögen gehört, siehe oben § 193 Anm. 15 S. 731. — Die Abtretung kann, wenn zu ihr nur ein Vertrag erforderlich ist (§ 398), auch stillschweigend erklärt werden und eine solche Erklärung kann in dem Gesellschaftsvertrage gefunden werden, in dem die Einbringung der Forderung vereinbart ist. Doch soll eine solche Vereinbarung keineswegs stets auch gleich die Abtretung enthalten, insbesondere nicht, wenn die Gesellschaft erst später beginnen soll. Vgl. auch Planck Anm. 1a zu § 718.

Gesellschaft zu erwerben, damit der erworbene Gegenstand gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter werde, sondern der Geschäftsführer muß im Namen der Gesellschaft handeln, die Leistung muß nicht an ihn persönlich, sondern an ihn als Vertreter der Gesellschaft erfolgen. Anderenfalls gehört der erworbene Gegenstand zu seinem Vermögen, bis er ihn seinerseits auf die Gesellschaft übertragen hat (§§ 713, 667)[8]). Ebenso bestimmt es sich nach den allgemeinen Vorschriften, in welcher Weise etwas auf Grund eines zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Rechtes von den Gesellschaftern erworben wird. Der § 718 Abs. 2 schreibt vor, daß es mit diesem Erwerbe gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter, Gesellschaftsvermögen, wird. So gehören Früchte einer im Eigenbesitze der Gesellschafter befindlichen Sache mit der Trennung zum Gesellschaftsvermögen. Eine Sache, auf deren Leistung die Gesellschaft auf Grund eines eingebrachten oder durch die Geschäftsführung erworbenen Anspruchs ein Recht hat, wird mit der Leistung an die Gesellschafter Bestandtheil des Gesellschaftsvermögens. Den Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstandes, welcher regelmäßig in einem Anspruche besteht, erwerben die Gesellschafter kraft Gesetzes. Die bezüglichen Ansprüche gehören mit ihrer Entstehung zum Gesellschaftsvermögen[9]).

4. Das Gesetz enthält keine allgemeine Bestimmung darüber, welche Bedeutung der Vorschrift zukommt, daß die im § 718 bezeichneten Gegenstände gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter (Gesellschaftsvermögen) werden. Ebensowenig giebt das BGB. allgemeine Vorschriften über die rechtliche Behandlung eines gemeinschaftlichen Vermögens, vielmehr bestimmt es in jedem einzelnen Falle der Vermögensgemeinschaft deren rechtliche Wirkung besonders[10]).

Man versteht unter Vermögen die Gesammtheit der einer Person zustehenden Vermögensrechte[11]). Gemeinschaftliches Vermögen mehrerer Personen ist danach die Gesammtheit der den mehreren Personen, Gesellschaftsvermögen die Gesammtheit der den Gesellschaftern gemeinschaftlich zustehenden Vermögensrechte. Die einzelnen Vermögensgegenstände stehen den Gesellschaftern gemeinschaftlich zu; diese sind gemeinschaftliche Eigenthümer der einzelnen Sachen,

---

[8]) A. kauft als Geschäftsführer der aus A. und B. bestehenden Gesellschaft für diese von C. ein Grundstück, das von C. an A. und B. als Gesellschafter aufgelassen wird. Dann gehören sowohl die Rechte aus dem Kaufvertrage mit dessen Abschlusse sowie das Grundstück mit der Eintragung zum Gesellschaftsvermögen. Umgekehrt gehören beide zum Vermögen des A., wenn dieser den Vertrag im eigenen Namen abschließt und das Grundstück ihm aufgelassen wird, auch wenn er es für die Gesellschaft erwerben will. Er ist verpflichtet, das Grundstück seinerseits der Gesellschaft aufzulassen. Solange er das Eigenthum noch nicht auf die Gesellschaft übertragen hat, unterliegt z. B. das Grundstück dem Zugriffe seiner persönlichen Gläubiger. RG. in der J.W. 1903 Beil. 7 S. 58 Nr. 135.

[9]) Z. B. der Anspruch auf die Versicherungssumme für eine gestohlene oder verbrannte Sache, der Anspruch auf Schadensersatz für die vorsätzliche oder fahrlässige Beschädigung einer Sache. Nicht korrekt erscheint die Bemerkung von Planck Anm. 1c zu § 718, daß die Versicherungsgelder, die vom Ersatzpflichtigen gezahlten Gelder kraft Gesetzes Theil des Gesellschaftsvermögens werden. Dies gilt nur für den Anspruch auf die Gelder, diese selbst werden Bestandtheil des Gesellschaftsvermögens erst mit der Leistung an die Gesellschafter. Bezüglich ihrer handelt es sich um einen Erwerb auf Grund eines zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Rechtes (des Anspruchs). Zutreffend Planck Anm. zu § 1370.

[10]) Das BGB. kennt ein gemeinschaftliches Vermögen außer bei der Gesellschaft noch bei der Gütergemeinschaft (§ 1438), bei der Errungenschaftsgemeinschaft (§ 1519) und der Erbengemeinschaft (§ 2032).

[11]) Vgl. hierzu Windscheid Pand. I § 42.

bezüglich der übrigen Rechte an Sachen gemeinschaftlich Berechtigte, in Ansehung der Forderungen gemeinschaftliche Gläubiger[12]). In welcher Weise die Gesellschafter bezüglich der einzelnen Gegenstände gemeinschaftlich berechtigt sind, sagt das Gesetz nicht ausdrücklich[13]). Aus dem § 719 Abs. 1 ergiebt sich aber, daß die einzelnen Gegenstände den Gesellschaftern zu Antheilen zustehen[14]). Der Gesellschafter kann jedoch über seinen Antheil an den einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen nicht verfügen[15]), er kann auch deren Theilung nicht verlangen (§ 719 Abs. 1). — Das Vermögen als Ganzes, als ein besonderes, von den das Vermögen bildenden Einzelrechten verschiedenes Rechtsobjekt kennt das BGB. grundsätzlich nicht. Das Vermögen als eine Einheit unterliegt daher auch nicht den Vorschriften des Sachenrechts. Es giebt keinen Besitz, kein Eigenthum oder sonstiges dingliches Recht an einem Vermögen, sondern immer nur an den einzelnen das Vermögen bildenden Sachen[16]). Demgemäß ist auch grundsätzlich nicht eine Verfügung über das Vermögen als Ganzes, sondern nur über die einzelnen Vermögensgegenstände zulässig. Von diesen Grundsätzen macht das Gesetz in den Fällen des gemeinschaftlichen Vermögens gewisse Ausnahmen. Das Gesellschaftsvermögen als Ganzes unterliegt zwar keinen besonderen Vorschriften[17]), dagegen stehen den einzelnen Gesellschaftern an dem Gesellschaftsvermögen Antheile zu (§ 719 Abs. 1), welche von der bloßen Summe der Antheile an den einzelnen Gegenständen verschieden und einer besonderen rechtlichen Behandlung unterworfen sind. Zwar kann der Gesellschafter auch über seinen Antheil am Gesellschaftsvermögen nicht verfügen und er ist auch nicht berechtigt, während des Bestehens der Gesellschaft auf Grund seines Antheils Theilung des Gesellschaftsvermögens zu verlangen.

§ 719.

[12]) An der gemeinschaftlichen Berechtigung der Gesellschafter bezüglich der einzelnen Gegenstände kann gegenüber den §§ 706 Abs. 2 und 719 Abs. 1 für das BGB. kein Zweifel sein. Namentlich ist die erstere Bestimmung nicht zu übersehen, nach der vertretbare und verbrauchbare Sachen im Zweifel „gemeinschaftliches Eigenthum der Gesellschafter“ werden sollen. Siehe oben § 194 unter 2 S. 737 ff.

[13]) Die zweite Kommission beschloß, den Vorschriften über die Gesellschaft das Prinzip der gesammten Hand zu Grunde zu legen, lehnte es aber ab, zu der Frage über das Wesen der gesammten Hand Stellung zu nehmen. Es sei vielmehr nur zu entscheiden, welche einzelnen Bestimmungen sachlich den Vorzug verdienen. (Prot. II S. 428 ff.) Diese einzelnen Bestimmungen sind zunächst festzustellen.

[14]) Vergl. auch Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit, 2. Aufl., S. 21. Allerdings treten diese Antheile sowohl beim Bestehen wie nach der Auflösung der Gesellschaft kaum in die Erscheinung (vgl. §§ 719 Abs. 1, 733, 734 und Anm. 15). Von Wichtigkeit sind sie z. B., wenn ein Gesellschaftsgrundstück an einen Gesellschafter aufgelassen werden soll, für die Frage, was Gegenstand der Auflassung ist, sowie für die Höhe des Auflassungsstempels. Vergl. Dernburg II § 354 Anm. 5.

[15]) Siehe oben § 32 unter 4a S. 135. Demnach ist z. B. die Eintragung einer Hypothek auf dem Antheil eines Gesellschafters an dem zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Grundstück unzulässig. Vergl. KG. im Zentralbl f. freiw. Gerichtsbark. Bd. 2 S. 793. Ebenso ist der Antheil an den einzelnen Gegenständen der Pfändung nicht unterworfen (CPO. § 859 Abs. 1 S. 2). Sie gehören deshalb als solche auch nicht zur Konkursmasse des Gesellschafters (KO. § 1). — Nach E. I § 645 bestand für den Gesellschafter nur die obligatorische Verpflichtung, sich der Verfügung über seinen Antheil an den einzelnen Gegenständen zu enthalten (M. II S. 615 ff.), während das Gesetz der Verfügung die Wirksamkeit versagt (Prot. II S. 431).

[16]) Siehe oben § 25 unter 2 und 3 S. 115.

[17]) Insbesondere giebt es auch keinen selbständigen Konkurs über das Gesellschaftsvermögen. Jäger Anm. 4 zu § 16, Anm. 8 zu § 25 KO., Neumann Anm. 5 zu § 719, Anm. 1 zu § 728, Staub Exkurs zu § 342 Anm. 62, Knoke S. 22 ff., Nagler a. a. O. S. 739 Anm. 124. A. M. Cosack II § 266 Anm. 6. — Wegen der handelsrechtlichen Gesellschaften vergl. KO. § 209, wegen der nicht rechtsfähigen Vereine KO. § 213 (siehe oben § 22 S. 103).

Immerhin zeigt sich die rechtliche Selbständigkeit des Antheils[18]) darin, daß er der Pfändung unterworfen ist (CPO. § 859 Abs. 1, BGB. § 725)[19]).

5. Nach den Darlegungen unter 4 stehen das Gesellschaftsvermögen und die einzelnen zu diesem gehörigen Gegenstände den einzelnen Gesellschaftern nach Antheilen zu, jedoch kann eine Theilung nicht verlangt werden und ist die Verfügung über ihre Antheile den einzelnen Gesellschaftern entzogen. Eine Verfügung über diese Antheile als solche ist danach, abgesehen von der Pfändung des Antheils am Gesellschaftsvermögen, ausgeschlossen, da auch anderen Personen das Verfügungsrecht nicht zusteht[20]). Wer zur Verfügung über den einzelnen Gegenstand im Ganzen berechtigt ist, ist eine Frage der Geschäftsführung (§§ 709 ff.). Grundsätzlich können danach die Gesellschafter nur gemeinschaftlich über die einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Gegenstände verfügen (vgl. § 747)[21]). Hieraus folgt auch, daß gegen eine Forderung, die zum Gesellschaftsvermögen gehört, der Schuldner nicht eine ihm gegen einen einzelnen Gesellschafter zustehende Forderung aufrechnen kann[22]) (§ 719 Abs. 2).

§ 720. 6. Zum Schutze des Schuldners einer zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Forderung[23]) bestimmt das Gesetz, daß der Schuldner diese Zugehörigkeit erst dann gegen sich gelten zu lassen hat, wenn er von ihr Kenntniß erlangt. Bis dahin finden auf das Verhältniß des Schuldners zu den einzelnen Gesellschaftern die Vorschriften der §§ 406 bis 408 entsprechende Anwendung (§ 720), und zwar sowohl in dem Falle, wenn der Schuldner in dem Glauben ist, daß die Forderung nur dem einen Gesellschafter zusteht, wie auch dann, wenn er zwar weiß, daß die Forderung Mehreren zusteht, aber nicht weiß, daß diese eine Gesellschaft bilden, und wenn er deshalb annimmt, daß ein Jeder über den gleichen Antheil an der Forderung verfügen kann (§§ 742, 747, 420)[24]).

---

[18]) Am klarsten tritt die Selbständigkeit des Antheils bei der Erbengemeinschaft zu Tage, bei der er einer selbständigen Verfügung unterliegt (§ 2033 Abs. 1). Vergl. Prot. V S. 837, auch Jörges zur Lehre vom Miteigenthum und der gesammten Hand nach deutschem Reichsrecht, Zeitschr. f. Hlsr. Bd. 49 S. 190 ff., S. 194 Anm. 70.

[19]) Näheres hierüber siehe unten § 199 unter I, 4 S. 773.

[20]) Insbesondere nicht den Geschäftsführern, da eine solche Verfügung nicht unter die Geschäftsführung fällt. Siehe oben § 195 unter 1 S. 742.

[21]) Vergl. hierzu Planck Anm. 2 zu § 719. Beispielsweise kann kein Gesellschafter seinen Antheil an einer Gesellschaftsforderung dem Schuldner erlassen. Ein Erlaß kann ganz oder theilweise wirksam nur durch alle geschäftsführende Gesellschafter erfolgen.

[22]) Dies kann ebensowenig geschehen, wie der Gesellschafter befugt wäre, eine solche Aufrechnung zu vereinbaren. Zu einer derartigen Verfügung über die Gesellschaftsforderung wäre die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich. Dagegen kann ein Gesellschafter eine ihm gegen einen Gesellschaftsgläubiger zustehende Forderung gegen dessen Forderung aufrechnen und umgekehrt. Die Gesellschaft kann nicht eine Forderung des einzelnen Gesellschafters, dieser nicht eine Forderung der Gesellschaft zur Aufrechnung benutzen. Vergl. hierzu Planck Anm. 3 zu § 719, Staub Exkurs zu § 342 Anm. 42 ff., S. Goldmann No. 22 ff. zu § 124 HGB., Makower Anm. g, 4 zu § 105 HGB.

[23]) Nach dem Wortlaute des § 720 soll dessen Vorschrift nur für die nach § 718 Abs. 1 erworbenen Forderungen gelten. Es ist aber nicht abzusehen, warum der Schuldner einer nach Abs. 2 erworbenen Forderung (siehe oben Anm. 9 S. 758) nicht ebenso geschützt sein soll. Die Fassung des Gesetzes scheint auf einem Versehen bei der Redaktion zu beruhen. Vergl. E. II § 658 Abs. 3, Prot. II S. 427, 428, 434, VI S. 168 ff., E. III § 707. § 718 Abs. 2 ist ein späterer Zusatz der zweiten Kommission. Vergl. Prot. VI S. 195.

[24]) Nach den Prot. II S. 434 sollte die Vorschrift des § 720 nur zum Schutze des Schuldners im zweiten Falle (gegen den Mangel des Verfügungsrechts über den Antheil des einzelnen Gesellschafters) dienen. Nur auf diesen Fall will auch Planck (Anm. zu § 720) die §§ 406—408 entsprechend anwenden, während Kuhlenbeck (Anm. 2 zu § 720) die Vorschrift nur auf den ersten Fall bezieht. Das Gesetz selbst enthält aber nichts, was

7. Die Vorschrift des § 718 Abs. 1 ist nur ergänzender Natur. Die Gesellschafter können auch vereinbaren, daß die Beiträge und die durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände nicht gemeinschaftliches Vermögen werden sollen, sondern daß bezüglich ihrer eine Gemeinschaft gemäß den §§ 741 ff. bestehen soll[25])[26]). Dagegen haben die §§ 718 Abs. 2, 719 zwingenden Charakter, d. h. ihre Anwendung kann nicht ausgeschlossen werden, wenn der Fall des § 718 Abs. 1 vorliegt. Werden der gesetzlichen Regel gemäß die Beiträge der Gesellschafter und die durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter, so finden auf dieses Gesellschaftsvermögen die Vorschriften der §§ 718 Abs. 2, 719 unbedingt Anwendung[27]). — Aus dem ergänzenden Charakter des § 718 Abs. 1 folgt, daß durch die Vereinbarung eines anderen Gemeinschaftsverhältnisses als des dort vorgesehenen die rechtliche Natur des Gesellschaftsvertrags als solchen nicht geändert wird. Es liegt trotzdem ein Gesellschaftsverhältniß vor, auf das die übrigen Vorschriften über die Gesellschaft, insbesondere auch die §§ 709 ff. Anwendung finden.

§ 198. Rechtsverhältniß der Gesellschafter zu Dritten.

I. Die Gesellschaftsverträge werden in der Mehrzahl der Fälle in der Art geschlossen, daß die Gesellschafter auch nach außen hin als solche auftreten sollen (Außengesellschaften). Bisweilen wird aber das Gesellschaftsverhältniß nur

eine Einschränkung auf den einen oder anderen Fall rechtfertigt. Der erste Fall liegt allerdings nicht dann vor, wenn eine wirkliche Uebertragung auf die Gesellschaft stattfindet (Einbringung, Uebertragung seitens des Geschäftsführers auf die Gesellschaft), da dann die §§ 406 ff. unmittelbar anzuwenden sind (Hachenburg S. 230), wohl aber dann, wenn die Forderung für die Gesellschaft erworben wird, ohne daß dies der Schuldner erkennt. Für den Erwerb der Gesellschaft genügt Erkennbarkeit des Willens des Geschäftsführers, die Forderung für die Gesellschaft zu erwerben (§§ 164 Abs. 1 und 2), während die Anwendung der §§ 406—408 nur bei wirklicher Kenntniß von der Zugehörigkeit ausgeschlossen ist. — Ueber die Anwendung der §§ 406—408 im Einzelnen siehe Planck und Kuhlenbeck a. a. O. An Stelle der Abtretung tritt hierbei die Zugehörigkeit zum Gesellschaftsvermögen. Irrig ist es, wenn Kuhlenbeck den § 408 entsprechend auf den Fall anwenden will, daß eine an die Gesellschaft abgetretene Forderung von dem bisherigen Gläubiger nochmals an einen Dritten abgetreten wird. Dies ist der unmittelbare Fall des § 408. Entsprechend anzuwenden ist er nach § 720, wenn der einzelne Gesellschafter die Gesellschaftsforderung ganz oder zu dem Antheile, den er nach den §§ 420, 742 haben würde, an einen Dritten abtritt.

[25]) Dabei ist wiederholt hervorzuheben, daß § 718 Abs. 1 nur den Fall betrifft, daß die fraglichen Gegenstände Vermögen aller Gesellschafter werden sollen. (Siehe oben unter 3 S. 757.) Soll z. B. eine „beizutragende" Sache Eigenthum des Gesellschafters bleiben, so liegt der Fall des § 718 bezüglich der Sache garnicht vor. Rechtlich besteht hier der Beitrag nicht in der Sache, sondern in deren Gebrauchsüberlassung. Das Gebrauchsrecht gehört nach § 718 zum Gesellschaftsvermögen. Deswegen folgert das RG. (Gruchot Bd. 47 S. 403) mit Unrecht daraus, daß der eine Theil Alleineigenthümer der in das Geschäft eingebrachten Gegenstände geblieben sei, daß eine Gesellschaft nicht vorliege. — Staub (Exkurs zu § 342 Anm. 31 ff.) identifiziert irrthümlich „gemeinschaftliches Vermögen" und „gemeinschaftliches Eigenthum". Die nur zur Benutzung eingebrachten Sachen werden allerdings nicht gemeinschaftliches Eigenthum der Gesellschafter, aber das Benutzungsrecht gehört zum Gesellschaftsvermögen.

[26]) Für den ergänzenden Charakter der Vorschrift Knoke S. 23, Nagler a. a. O. S. 725. Eine andere Art der durch obligatorischen Vertrag begründeten Gemeinschaft als die der §§ 718 ff. und der §§ 741 ff. kennt das BGB. nicht. —

[27]) Die Vorschriften, welche die Rechtsverhältnisse einer Gemeinschaft regeln, sind zwingender Natur, soweit sich nicht aus dem Gesetz etwas Anderes ergiebt. Vergl. M. II S. 873 und oben § 22 Anm. 9 S. 97.

als ein inneres Verhältniß der Gesellschafter begründet, während nach außen die geschäftsführenden Gesellschafter im eigenen Namen auftreten sollen, so daß das Bestehen einer Gesellschaft nicht in die Erscheinung tritt (Innengesellschaft)[1]. Auch die Innengesellschaft ist eine Gesellschaft im Sinne des BGB., auf welche die Vorschriften der §§ 704 ff. grundsätzlich Anwendung finden[2]. Ein Rechtsverhältniß der Gesellschafter zu Dritten besteht bei der Innengesellschaft der Natur der Sache nach nicht.

II. 1. Wenn die Gesellschafter als solche in den rechtlichen Verkehr treten, wenn sie als Gesellschafter Rechte erwerben und Verpflichtungen übernehmen wollen (also bei der Außengesellschaft), so müssen die erforderlichen Erklärungen von allen Gesellschaftern abgegeben werden. Nur auf diese Weise können durch Rechtsgeschäft für die Gesellschafter als solche Rechte und Pflichten begründet werden[3]. Die Gesellschafter können ihre Erklärungen selbst oder durch Vertreter abgeben. Wenn mehrere Gesellschafter vorhanden sind, werden sie meist der Bequemlichkeit halber einen oder einige von ihnen im Gesellschaftsvertrag ermächtigen, die übrigen Gesellschafter Dritten gegenüber zu vertreten, damit nicht in jedem einzelnen Falle alle aufzutreten brauchen[4]. Regelmäßig wird den mit der Geschäftsführung beauftragten Gesellschaftern auch die Vertretung der Uebrigen übertragen werden. In Rücksicht hierauf giebt das Gesetz die Auslegungsregel: soweit einem Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrage die Befugniß zur Geschäftsführung zusteht, ist er im Zweifel auch ermächtigt, die anderen Gesellschafter Dritten gegenüber zu vertreten (§ 714)[5]. Hiernach gilt folgendes:

§ 714.

a) Enthält der Gesellschaftsvertrag gar keine Bestimmung über die Geschäftsführung und Vertretung, so ist das Handeln aller Gesellschafter erforderlich.

b) Regelt der Gesellschaftsvertrag die Vertretung der Gesellschafter, so sind diejenigen Gesellschafter, denen die Vertretung übertragen ist, zur Vertretung der Uebrigen befugt.

---

[1]) Vergl. Dernburg II § 356 I, 3, Dernburg PR. II § 214 II, 3, Oertmann Anm. 2 zu § 714, auch Staub Exkurs zu § 342 Anm. 11.

[2]) Nicht zutreffend erscheint die Ansicht von Dernburg II § 356 I, 3, daß das BGB. allein die Außengesellschaft unmittelbar regele und daß die §§ 705 ff. auf die Innengesellschaft nur insoweit entsprechend anzuwenden seien, als sie zu deren Eigenart passen. Begrifflich ist die Gesellschaft des BGB. die vertragsmäßige Vereinigung Mehrerer zur Förderung eines gemeinsamen Zweckes (siehe oben § 193 I S. 727). Ob die Vereinigung nach außen erkennbar sein soll oder nicht, ist unerheblich (vergl. § 705). Richtig ist, daß manche Vorschriften der §§ 705 ff. bei der Innengesellschaft nicht zur Anwendung gelangen werden, daß z. B. kein Gesellschaftsvermögen (§§ 718 ff.) vorhanden ist, wenn ein Erwerb für die Gesellschaft nicht stattfindet. Aber das kann auch bei Außengesellschaften der Fall sein (siehe oben § 197 unter 7 S. 761); überdies ist ein Gesellschaftsvermögen für das Bestehen einer Gesellschaft im Sinne des BGB. nicht wesentlich (s. oben § 193 unter II, 4 S. 734). Im Uebrigen finden alle Bestimmungen der §§ 705 ff. auf die Innengesellschaft unmittelbar Anwendung. Vergl. z. B. die §§ 705, 706 (die Auslegungsregel des Abs. 2 kommt nicht in Betracht, weil etwas Anderes vereinbart ist), 707—713, 716, 717, 721 usw.

[3]) Der einzelne Gesellschafter kann durch seine Erklärung grundsätzlich die übrigen nicht verpflichten, auch Rechte für sie nicht erwerben.

[4]) Die Vertretungsmacht kann, wie stets, so auch hier in beliebiger Weise ertheilt werden. Werden mehrere Vertreter bestellt, so kann jeder zum alleinigen Handeln oder es können Mehrere nur zu gemeinschaftlichem Handeln ermächtigt werden; die Vertretungsmacht kann sich auf alle Geschäfte der Gesellschaft oder nur auf gewisse Geschäfte oder Arten von Geschäften erstrecken u. s. w. Eine dem § 126 Abs. 2 HGB. entsprechende Vorschrift besteht für die Gesellschaft des BGB. nicht.

[5]) Der umgekehrte Satz gilt nicht, d. h. in der Uebertragung der Vertretung liegt nicht im Zweifel auch die Uebertragung der Geschäftsführung. Cosack II § 266 III, 2 a, Dernburg II § 358 Anm. 11.

c) Ist in dem Gesellschaftsvertrag einem Gesellschafter oder mehreren Gesellschaftern nur die Geschäftsführung übertragen, so gilt diese Bestimmung im Zweifel auch für die Vertretung. Die Geschäftsführer sind im Zweifel auch berechtigt, die übrigen Gesellschafter zu vertreten.

2. Die hier fragliche Vertretung ist eine Vertretung der übrigen Gesellschafter, nicht der Gesellschaft (§§ 714, 715)[6]. Eine Vertretung der Gesellschaft kennt das Gesetz nicht. Es handelt sich ferner nicht um eine gesetzliche Vertretung (vgl. z. B. § 26 Abs. 2), sondern um eine durch Rechtsgeschäft ertheilte Vertretungsmacht, eine reine Vollmacht, die jeder einzelne Gesellschafter für sich dem vertretungsberechtigten Gesellschafter ertheilt[7]. Hiernach ist, auch wenn einzelne Gesellschafter zur Vertretung der übrigen ermächtigt sind, zur Vornahme jedes Rechtsgeschäfts eine Erklärung aller Gesellschafter erforderlich, nur kann[8] die Erklärung der übrigen durch die vertretungsberechtigten Gesellschafter erfolgen.

3. Der Umfang der Vertretungsbefugniß wird durch die Ertheilung der Vertretungsmacht bestimmt[9]. Ist ein Gesellschafter allgemein ermächtigt, die Gesellschafter zu vertreten, so wird dies regelmäßig dahin auszulegen sein, daß sich die Vertretungsmacht auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen erstreckt, welche zur Erreichung des Gesellschaftszwecks erforderlich sind[10]. Beruht die Vertretungsbefugniß auf der Auslegungsregel des § 714, so reicht sie genau so weit wie die Befugniß zur Geschäftsführung. Ist die Geschäftsführung eine gemeinschaftliche (§§ 710 S. 2, 709 Abs. 1), so steht auch die Vertretung den

---

[6]) Anders HGB. § 125.

[7]) Die Vorschrift des § 35 des Gesetzes betreffend die G. m. b. H., nach der gleichfalls die Gesellschaft durch die Geschäftsführer vertreten wird, hat einen wesentlich anderen Inhalt als § 714 BGB. Sie regelt die Vertretung der Gesellschaft, nicht der Gesellschafter, nach ihr sind die Geschäftsführer gesetzliche Vertreter, nicht Bevollmächtigte, sie enthält eine zwingende Vorschrift, nicht eine Auslegungsregel.

[8]) In allen Fällen kann der Gesellschafter, auch wenn ein anderer, nicht aber er selbst zur Vertretung ermächtigt ist, die erforderlichen Erklärungen für sich auch selbst abgeben. — Ein Ausschluß von der Vertretung wie bei der offenen Handelsgesellschaft (HGB. § 125 Abs. 1) kann bei der Gesellschaft des BGB. nicht in Betracht kommen. Dort steht die Vertretung jedem Gesellschafter kraft Gesetzes zu; von dieser Vertretung kann er ausgeschlossen werden. Hier kann ein Gesellschafter die übrigen nur vertreten, wenn er von ihnen bevollmächtigt ist. Ist ihm eine solche Vollmacht nicht ertheilt, so ist eine Vertretungsbefugniß, die ausgeschlossen werden könnte, nicht vorhanden. Auf der anderen Seite hindert die Ertheilung einer Vollmacht den Bevollmächtigten nicht daran, auch selbst zu handeln. Dies gilt auch dann, wenn er von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist (§ 710). Der Ausgeschlossene ist nicht ermächtigt, die übrigen zu vertreten (§ 714), kann aber für sich die erforderlichen Erklärungen abgeben. Wenn die aus A., B. und C. bestehende Gesellschaft, deren alleiniger Geschäftsführer A. ist, ein Grundstück kaufen will, so muß zunächst A. den Kauf beschließen (§§ 710, 709 Abs. 1). Wenn, nachdem dies geschehen ist, A. krank wird, so können D., den A. für sich persönlich zum Generalbevollmächtigten bestellt hat, B. und C. den notariellen Kaufvertrag mit dem Verkäufer E. wirksam schließen. Bilden A., B. und C. eine offene Handelsgesellschaft, so kann der Vertrag nur von A. oder einem Bevollmächtigten der Gesellschaft geschlossen werden.

[9]) Siehe oben § 52 unter 7 S. 210.

[10]) Vgl. HGB. § 126 Abs. 1 und Staub Exkurs zu § 342 Anm. 25, Knoke S. 75. Siehe auch oben Anm. 4 S. 762 über Beschränkungen der Vollmacht. Man wird auch annehmen müssen, daß die allgemein zur Vertretung ermächtigten Gesellschafter damit auch zur Prozeßführung von den Gesellschaftern bevollmächtigt sein sollen (A. M. Dernburg II § 359 V). Allerdings fehlt es an einer Bestimmung, welche den Geschäftsführer zu allen gerichtlichen und außergerichtlichen Handlungen ermächtigt, auch ist zu beachten, daß die Prozeßführung kein Rechtsgeschäft ist, aber es steht nichts im Wege, die Ertheilung der Vertretungsbefugniß so auszulegen, daß sie auch die Vertretung im Prozeß umfaßt, da dies regelmäßig dem Willen der Betheiligten entsprechen wird. Ebenso Gaupp-Stein Anm. I zu § 736 CPO.

Geschäftsführern nur gemeinschaftlich zu. Ist der Geschäftsführer allein zu handeln berechtigt, so gilt dies auch für die Vertretung[11]). Ist ihm die Geschäftsführung nur für gewisse Arten von Geschäften, für einen Geschäftszweig, für eine bestimmte Zeit übertragen, so ist auch seine Vertretungsbefugniß in gleicher Weise beschränkt.

4. Dritte, welche mit Vertretern der Gesellschafter Rechtsgeschäfte abschließen oder Erklärungen ihnen gegenüber abgeben wollen, müssen sich in gleicher Weise darüber vergewissern, ob den betreffenden Gesellschaftern die Vertretungsbefugniß in dem in Frage kommenden Umfange zusteht, wie dies auch sonst beim Verkehre mit Bevollmächtigten der Fall ist. Der Dritte, welcher aus der Erklärung eines Vertreters Rechte herleitet, hat auch die Vertretungsbefugniß zu beweisen. Ist jedoch im Falle des § 714 der Gesellschaftsvertrag beurkundet, so finden auf diesen die §§ 172, 171 Anwendung[12]).

§ 715. 5. Wenn im Gesellschaftsvertrag ein Gesellschafter ermächtigt ist, die anderen Gesellschafter Dritten gegenüber zu vertreten, so bildet diese Vollmacht der Gesellschafter einen wesentlichen Theil seiner Vertragsrechte[13]). Hieraus würde regelmäßig die Unwiderruflichkeit der Vollmacht (der Vertretungsbefugniß) des Gesellschafters während des Fortbestehens des Gesellschaftsverhältnisses folgen (§ 168). Das Gesetz läßt jedoch eine Entziehung der Vertretungsmacht auch in dem Falle ihrer Ertheilung im Gesellschaftsvertrage zu. Die Entziehung kann aber nur nach Maßgabe des § 712 Abs. 1 erfolgen, d. h. durch einstimmigen Beschluß beziehungsweise durch Mehrheitsbeschluß der übrigen Gesellschafter, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, insbesondere wegen grober Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Vertretung[14]). Ist die Vertretungsmacht in Verbindung mit der Befugniß zur Geschäftsführung ertheilt, so kann sie nicht allein, sondern nur mit dieser entzogen werden (§ 715). Dies gilt namentlich auch für den Fall des § 714. Die bloße Entziehung der Vertretungsbefugniß ist hiernach unwirksam, falls nicht anzunehmen ist, daß sie auch gleichzeitig eine stillschweigende Entziehung der Befugniß zur Geschäftsführung enthalten soll. Dagegen ist es zulässig, einem Gesellschafter nur die letztere Befugniß zu entziehen, ihm aber die Vertretungsbefugniß zu belassen[15]). Jedoch wird häufig aus der Entziehung der Befugniß zur Geschäftsführung nach der Vorschrift des § 168 auch das Erlöschen der Vertretungsbefugniß folgen[16])[17]). — Der Gesell-

---

[11]) Hat in dem Falle des § 711 ein Geschäftsführer der Vornahme eines Rechtsgeschäfts durch den anderen widersprochen, so ist der letztere in Ansehung dieses Geschäfts zur Geschäftsführung, also auch zur Vertretung nicht mehr befugt. Das trotzdem vorgenommene Rechtsgeschäft ist unwirksam. So zutreffend Oertmann Anm. 1 zu § 711.

[12]) Es handelt sich nicht um eine analoge (so Knoke S. 74), sondern um eine unmittelbare Anwendung des § 172, da nach der Auslegungsregel des § 714 im fraglichen Falle der Gesellschaftsvertrag eine Vollmacht enthält, die Aushändigung des Vertrags sich also als Aushändigung einer Vollmachtsurkunde darstellt. — Der in der Form des § 29 GBO. abgeschlossene Gesellschaftsvertrag, durch den einem Gesellschafter die allgemeine Befugniß zur Geschäftsführung übertragen ist, muß auch als Vollmacht zur Abgabe der für eine Eintragung in das Grundbuch erforderlichen Erklärungen der Gesellschafter genügen.

[13]) Vgl. hierzu M. II S. 610 und Planck Anm. zu § 715. Siehe auch oben § 195 unter 5 S. 750.

[14]) Näheres über § 712 Abs. 1 siehe § 195 unter 5 S. 750 ff. Vgl. HGB. § 127.

[15]) Ebenso Knoke S. 75, Müller S. 428, a. M. Oertmann Anm. 1 zu § 715, nach dem stets nur beide Befugnisse zusammen entzogen werden können. Vgl. dagegen auch S. Goldmann No. 1 zu § 125 HGB.

[16]) Planck Anm. zu § 715. — Es ist zu beachten, daß die Vorschrift des § 715 nur auf die im Gesellschaftsvertrag ertheilte Vertretungsbefugniß Anwendung findet. Der

schafter, dem die Vertretungsbefugniß im Gesellschaftsvertrag ertheilt ist, ist seinerseits nicht berechtigt, die Vollmacht zu kündigen[18]). Ist sie in Verbindung mit der Befugniß zur Geschäftsführung ertheilt und kündigt der Gesellschafter die Geschäftsführung gemäß § 712 Abs. 2, so wird auch in diesem Falle regelmäßig gleichzeitig die Vertretungsbefugniß gemäß dem § 168 erlöschen[19]).

6. Die Gesellschafter können sich auch ausschließlich durch dritte Personen vertreten lassen, sie können die Vertretungsbefugniß theilweise Dritten übertragen[20]). Auf die einem Dritten ertheilte Vertretungsmacht finden ausschließlich die Vorschriften über die Vollmacht Anwendung.

III. Das BGB. enthält keine besondere Vorschrift über die Haftung der Gesellschafter für die von ihnen übernommenen Verbindlichkeiten[21]). Nur das eine geht aus den Bestimmungen des Gesetzes hervor, daß es keine Schulden der Gesellschaft, sondern nur gemeinschaftliche Schulden der Gesellschafter kennt (vgl. §§ 733 Abs. 1, 734, 735, 738 Abs. 1, 739), ebenso wie es das Gesellschaftsvermögen als gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter charakterisiert (§ 718 Abs. 1) und nur eine Vertretung der Gesellschafter, nicht der Gesellschaft, stattfinden läßt (§§ 714, 715). In Ermangelung besonderer Vorschriften kommen für die Haftung der Gesellschafter aus den von ihnen als solchen oder aus den von ihren Vertretern vorgenommenen Rechtsgeschäften und Rechtshandlungen die allgemeinen Vorschriften zur Anwendung. Danach gilt Folgendes[22]).

1. Die Gesellschafter haften aus den von ihnen oder von den Vertretern für sie vorgenommenen Rechtsgeschäften grundsätzlich zu gleichen Theilen (§ 420), bei untheilbaren Leistungen und aus Verträgen als Gesammtschuldner (§§ 431, 427). Für andere Schulden haften die Gesellschafter nach den für das betreffende Schuldverhältniß in Betracht kommenden Grundsätzen, so z. B. gegenüber einem Geschäftsführer ohne Auftrag (§ 683) zu gleichen Antheilen (§ 420), im Falle der Bereicherung, soweit die Bereicherung jedes einzelnen Gesellschafters geht[23]). Aus unerlaubten Handlungen haften zunächst nur diejenigen, welche sie begangen haben. Für die unerlaubten Handlungen ihrer Vertreter, mögen sie Gesellschafter oder dritte Personen sein, haften die Gesellschafter

---

Widerruf einer nicht im Vertrag ertheilten Vollmacht bestimmt sich ausschließlich nach § 168. Vgl. Neumann Anm. 3 zu § 715.

[17]) Die Wirksamkeit der Entziehung Dritten gegenüber bestimmt sich nach den §§ 170 ff.

[18]) M. II S. 610, Planck Anm. zu § 715, Knoke S. 76, S. Goldmann No. 15 zu § 127 HGB. A. M. Oertmann Anm. 2 zu § 715. Das Gesetz enthält für die Vertretung keine der im § 712 Abs. 2 für die Geschäftsführung gegebenen entsprechende Vorschrift. Daß hierfür, wie Knoke a. a. O. meint, kein Bedürfniß vorliege, weil die Vertretungsbefugniß nur Rechte, keine Pflichten gebe, erscheint nicht zutreffend. Ist die Vertretung einem Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag übertragen, so bildet die Vertretung nicht nur ein Recht, sondern auch eine Pflicht des Gesellschafters. Siehe hierzu oben § 195 unter 2, f S. 745 ff. Gerade hieraus folgt, daß sie nicht einseitig gekündigt werden kann.

[19]) Planck und Knoke a. a. O.

[20]) Vergl. Dernburg II § 358 IV, Staub Exkurs zu § 342 HGB. Anm. 24, S. Goldmann No. 11 zu § 125 HGB.

[21]) Vergl. dagegen HGB. § 128.

[22]) Die in Betracht kommenden Fragen sind großentheils bereits oben bei den nicht rechtsfähigen Vereinen ausführlich erörtert worden (siehe § 22 unter 5 S. 99 ff.). Auf diese Ausführungen kann hier Bezug genommen werden, während an dieser Stelle nur die Resultate wiederholt werden. Darüber daß für die Haftung die allgemeinen Regeln über die Mehrheit von Schuldnern gelten, vergl. auch Dernburg II § 360 IV, Planck Anm. 2 zu § 714, Oertmann Anm. 3 zu § 714, Knoke S. 79, Müller S. 427, Staub Exkurs zu § 342 HGB. Anm. 13, Nagler im Sächs. Arch. Bd. 10 S. 734 ff.

[23]) Staub Exkurs zu § 342 HGB. Anm. 13.

gemäß § 831 [24]). Sind mehrere Gesellschafter aus einer unerlaubten Handlung verpflichtet, sei es aus einer eigenen Handlung oder aus der Handlung eines Vertreters, so haften sie als Gesammtschuldner (§ 840 Abs. 1) [25]) [26]).

2. Das BGB. enthält keine Vorschrift, nach der die Gesellschafter für die gemeinschaftlichen Schulden nur mit dem Gesellschaftsvermögen haften. Sie haften deshalb grundsätzlich für alle gemeinschaftlichen Schulden mit ihrem ganzen Vermögen [27]). Jedoch ist es zulässig, daß die Haftung für rechtsgeschäftlich übernommene Verpflichtungen auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt und daß die Vertretungsbefugniß in der Art ertheilt wird, daß die Vertreter nur berechtigt sind, die Gesellschafter mit ihren Antheilen am Gesellschaftsvermögen zu verpflichten [28]). Für andere als rechtsgeschäftlich begründete Verpflichtungen kann die Haftung nicht auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt werden [29]).

---

[24]) Staub a. a. O. hebt zutreffend hervor, daß bezüglich des einzelnen Gesellschafters eine culpa in eligendo z. B. ausgeschlossen sein kann, wenn der Vertreter gemäß dem Gesellschaftsvertrage durch die Majorität bestellt ist und der einzelne Gesellschafter dagegen gestimmt hat. — Eine dem § 31 entsprechende Vorschrift besteht für die Gesellschaft nicht.

[25]) Daß aus den innerhalb ihrer Vertretungsmacht für die Gesellschaft vorgenommenen Rechtsgeschäften nicht die Vertreter, sondern nur die Gesellschafter haften (§ 164), bedarf keinen besonderen Hervorhebung; § 54 S. 2 gilt nur für nicht rechtsfähige Vereine, nicht für Gesellschaften. Siehe oben § 22 Anm. 4 S. 96

[26]) Nach der Art der Haftung bestimmt sich auch die Wirkung von Thatsachen, die in der Person eines Gesellschafters eintreten, für und gegen die übrigen Gesellschafter (vergl. z. B. §§ 422 ff.).

[27]) Daß das Gesetz nicht etwa unter „gemeinschaftlichen Schulden" solche versteht, bezüglich deren eine besondere Art der Haftung stattfindet, ergeben deutlich die §§ 733 Abs. 1 S. 1, 735. Nach § 733 Abs. 1 S. 1 gehören zu den gemeinschaftlichen Schulden auch diejenigen, welche den Gläubigern gegenüber unter den Gesellschaftern getheilt sind. Es kommen also alle möglichen Arten der gemeinschaftlichen Haftung in Betracht. Aus § 735 ergiebt sich, daß die Gesellschafter den Gläubigern gegenüber nicht nur mit dem Gesellschaftsvermögen, sondern auch mit ihrem übrigen Vermögen haften.

[28]) Siehe hierüber oben § 22 unter 5 S. 99 ff. Vergl. noch Knoke S. 79 ff., Staub Exkurs zu § 342 HGB. Anm. 13, Kipp in Windscheid Pand. II § 407 Zus. 6. Allerdings wird bei den Gesellschaften, anders als bei nicht rechtsfähigen Vereinen (siehe oben S. 101 Anm. 30), regelmäßig nicht anzunehmen sein, daß die Haftung oder die Vertretungsmacht in der angegebenen Weise beschränkt sein sollen. Einen Fall der stillschweigenden Beschränkung siehe RG. Bd. 12 S. 229.

[29]) Deshalb ist die Ansicht von Knoke (S. 81) irrig, im Falle des § 833 liege nur eine Gesellschaftsschuld, nicht eine Privatschuld der Gesellschafter vor. Das Thier werde von der Gesellschaft gehalten. Die einzelnen könnten nur im Falle eines Verschuldens mit ihrem Privatvermögen in Anspruch genommen werden. Wenn „die Gesellschaft" das Thier hält, so bedeutet dies, daß es die Gesellschafter halten. Wenn man auch im Gegensatze zum Gesetze der Kürze wegen von „Gesellschaftsschulden" sprechen mag, so kann man damit doch nur die Verbindlichkeiten bezeichnen, welche die Gesellschafter als solche haben und für die sie gemeinschaftlich haften, gemeinschaftliche Schulden der Gesellschafter, nicht Schulden der Gesellschaft (siehe oben im Texte unter III S. 765). Die Haftung der Gesellschafter aus § 833 ist aber von einem Verschulden nicht abhängig, die gemeinschaftliche Haftung ist nach § 840 Abs. 1 eine gesammtschuldnerische, eine Beschränkung auf das Gesellschaftsvermögen ist gesetzlich nicht vorgeschrieben und rechtsgeschäftlich nicht möglich (siehe oben S. 100). — Auch im Falle der Bereicherung haftet der Gesellschafter in Höhe seiner Bereicherung auch mit seinem Privatvermögen. (A. M. Knoke S. 81). Zwar ist er, wenn die Bereicherung Bestandtheil des Gesellschaftsvermögens geworden, z. B. wenn etwas auf Grund eines von den Gesellschaftern geschlossenen nichtigen Vertrags erlangt ist, zur Herausgabe nicht im Stande, da er Theilung nicht verlangen kann (§ 719 Abs. 1). Aber er ist bereichert, insoweit sein Antheil am Gesellschaftsvermögen größer geworden ist. Die Unmöglichkeit der Herausgabe hat nur zur Folge, daß der Bereicherte den Werth zu ersetzen hat (§ 818 Abs. 2). Für den Werthersatz haftet er mit seinem ganzen Vermögen.

3. Hiernach können die Gläubiger der gemeinschaftlichen Schulden die Gesellschafter gemeinschaftlich oder einzeln, je nach dem Umfang ihrer Haftung als Gesammtschuldner oder zu den Antheilen, zu denen sie haften, und, falls nicht ausnahmsweise die Haftung auf das Gesellschaftervermögen beschränkt ist, mit ihren Antheilen an diesem (mit dem Gesellschaftsvermögen) oder mit ihrem ganzen Vermögen in Anspruch nehmen [30]). Insbesondere sind die Gläubiger nicht verpflichtet, sich zunächst an das Gesellschaftsvermögen zu halten und das übrige Vermögen der Gesellschafter erst in Anspruch zu nehmen, wenn das erstere nicht ausreicht. Ist nur der einzelne Gesellschafter zur Leistung verurtheilt, so kann das Urtheil nur in sein Privatvermögen, nicht in das Gesellschaftsvermögen vollstreckt werden. Zu jenem gehört auch der Antheil des Gesellschafters an dem Gesellschaftsvermögen, welcher demgemäß der Pfändung unterliegt (CPO. § 859 Abs. 1 S. 1, vgl. BGB. § 725 Abs. 1) [31]). Sind dagegen alle Gesellschafter verurtheilt, so kann das Urtheil sowohl in das Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter wie in das Gesellschaftsvermögen vollstreckt werden (CPO. § 736) [32]), sofern nicht die Haftung auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt und die Verurtheilung demgemäß erfolgt ist [33]).

4. Die Vorschrift des § 736 CPO. ist nicht auf die Zwangsvollstreckung wegen gemeinschaftlicher Schulden der Gesellschafter (Gesellschaftsschulden) beschränkt. Auch wenn wegen einer Privatschuld ein Urtheil gegen alle Gesellschafter ergangen ist, kann es in das Gesellschaftsvermögen vollstreckt

---

[30]) Wird ein einzelner Gesellschafter wegen einer Gesellschaftsschuld in Anspruch genommen, so kann er von den übrigen Befreiung von der Schuld durch Zahlung aus dem Gesellschaftsvermögen verlangen (Planck Anm. 2 zu § 714). Muß er selbst zahlen, so steht ihm gegen die übrigen Gesellschafter ein Ersatzanspruch nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrags, eventuell im Falle der Gesammthaft nach § 426 zu. Den Ersatz kann der Gesellschafter auch beim Bestehen der Gesellschaft nicht nur aus dem Gesellschaftsvermögen, sondern auch aus dem Privatvermögen der übrigen Gesellschafter verlangen. A. M. Planck Anm. 2 zu § 714, Staub Exkurs zu § 342 HGB. Anm. 56 auf Grund des § 707. Dieser gilt aber nicht den Gläubigern gegenüber (siehe oben § 194 Anm. 8 S. 736). Die Gesellschafter können nicht dadurch besser gestellt werden, daß sie nicht unmittelbar in Anspruch genommen werden. (Vergl. auch § 426 Abs. 2.)

[31]) Siehe oben § 197 Anm. 19 S. 760.

[32]) Nach § 736 CPO. ist zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ein gegen alle Gesellschafter ergangenes Urtheil erforderlich. (Vergl. dagegen HGB. § 124 Abs. 2.) Ein solches Urtheil ist auch genügend. Es ist nicht nöthig, daß die Gesellschafter sämmtlich in einem Prozesse verklagt und verurtheilt sind (ebenso Staub Exkurs zu § 342 HGB. Anm. 12), vielmehr genügt es, wenn mehrere Urtheile ergangen sind. Im übrigen läßt der § 736 CPO. für einige Zweifel Raum. Findet er auch Anwendung auf gemeinschaftliche Schulden der Gesellschafter, welche den Gläubigern gegenüber unter den Gesellschaftern getheilt sind (siehe oben im Texte unter 1)? Die Frage muß bejaht werden, obwohl die Begründung zu § 670b der Nov. zur CPO. (Hahn-Mugdau, die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen Bd. 8 S. 138) das Gegentheil anzunehmen scheint. Anderenfalls wäre es unmöglich, wegen einer unter den Gesellschaftern getheilten gemeinschaftlichen Schuld das Gesellschaftsvermögen anzugreifen. Wenn A. und B. aus einer Bereicherung des Gesellschaftsvermögens zur Zahlung von 1000 M. nach Kopftheilen, also von je 500 M., verurtheilt sind, so kann auf Grund dieses Urtheils Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen erfolgen. — Wenn der Gläubiger einer gemeinschaftlichen Schuld einer der Gesellschafter ist, so kann wegen dieser Schuld nur ein Urtheil gegen die übrigen Gesellschafter, also nicht gegen alle, erlangt werden. Genügt ein solches Urteil zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen? Auch diese Frage ist zu bejahen (vergl. Staub a. a. O. Anm. 55). Es genügt ein gegen einzelne Gesellschafter ergangenes Urtheil, wenn die nicht verurtheilten Gesellschafter die Kläger sind.

[33]) Vergl. Knoke S. 90 ff. A., B. und C. werden von D. aus einem Vertrage, den sie als Gesellschafter geschlossen haben, auf Zahlung von 600 M. in Anspruch genommen. C. wendet mit Erfolg ein, daß D. ihm persönlich die Schuld erlassen habe

werden[34]. Abgesehen hiervon können sich zwar die Privatgläubiger eines einzelnen Gesellschafters nur an dessen Privatvermögen halten, zu dem auch sein Antheil am Gesellschaftsvermögen (CPO. § 859 Abs. 1 S. 1, BGB. § 725) und die nach § 711 übertragbaren Ansprüche gehören. Jedenfalls ergiebt sich aber daraus, daß nach § 736 CPO. auch wegen Privatschulden der Gesellschafter Zwangsvollstreckungen in das Gesellschaftsvermögen möglich sind, daß dieses keineswegs den Gesellschaftsgläubigern gegenüber zur Deckung der Gesellschaftsschulden dinglich gebunden, daß ihm also nicht eine Selbständigkeit beigelegt ist, vermöge deren es ausschließlich den Gesellschaftsgläubigern haftet[35]. Die Gesellschafter sind, wenn sie einig sind, in der Lage und befugt, das Gesellschaftsvermögen zu beliebigen anderen Zwecken als zur Tilgung der Gesellschaftsschulden zu verwenden. Den Gesellschaftsgläubigern steht ein Widerspruchsrecht hiergegen nicht zu[36]. Selbst im Falle des Konkurses eines Gesellschafters und der durch diesen bewirkten Auflösung der Gesellschaft haben die Gesellschaftsgläubiger kein Recht auf abgesonderte Befriedigung aus dem bei der Auseinandersetzung ermittelten Antheile[37].

(vergl. Knoke S. 80). Dann sind A., B. und C. zur Zahlung von 600 M. als Gesammtschuldner zu verurtheilen, C. jedoch mit der Maßgabe, daß ihm gegenüber das Urtheil nur in das Gesellschaftsvermögen vollstreckt werden darf.

[34] Vergl. Begründung zum § 670b der Nov. CPO., D. zum E. eines HGB. (Berlin, Carl Heymanns Verlag) S. 273, Prot. II S. 435, D. S. 131. Die entgegengesetzte Ansicht von Cosack II § 266 II, 2, b und V, 2 widerspricht sowohl der Absicht des Gesetzgebers wie dem Wortlaute des § 736 CPO. — Wenn die Gesellschafter A. und B. bei einer Schlägerei den C. gemeinschaftlich verletzt haben und ihm zum Schadensersatze verurtheilt sind (§§ 830, 840 Abs. 1), so kann das Urtheil ebenso in das Gesellschaftsvermögen vollstreckt werden, als wenn das Urtheil gegen A. und B. auf Grund einer von ihnen als Gesellschaftern übernommenen Bürgschaft ergangen wäre. Anders bei der offenen Handelsgesellschaft nach HGB. § 124 Abs. 2. Dagegen genügt es nicht, daß gegen alle Gesellschafter ein Urtheil auf dieselbe Leistung ergangen ist, wenn nicht die Verpflichtung auf demselben Rechtsgrunde beruht (a. M. Staub Exkurs zu § 342 HGB. Anm. 12), wenn z. B. die Gesellschafter A. und B. zur Zahlung von je 500 M. verurtheilt sind, und zwar A. aus einem Darlehen, B. aus einer unerlaubten Handlung. Ueber Gegenstände, die zum Gesellschaftsvermögen gehören, können die Gesellschafter nur gemeinschaftlich verfügen. Dies ist der Grund, aus dem zur Vollstreckung in solche Gegenstände ein Urtheil gegen Alle erforderlich ist. Das Urtheil ersetzt den übereinstimmenden Willen der Gesellschafter (vergl. Prot. II S. 435). Wenn aber die Verpflichtungen der Gesellschafter auf verschiedenen Rechtsgründen beruhen, so liegt ein übereinstimmender Wille in Ansehung keiner Verpflichtung vor. Anderenfalls würde auf einem Umwege jeder Gesellschafter doch über das Gesellschaftsvermögen verfügen können.

[35] Vergl. insbesondere Prot. II S. 435, a. M. z. B. Planck Vorbem. II, 1 vor § 705, Knoke S. 82 ff. und namentlich Cosack II § 266 II. Dagegen z. B. Dernburg II § 360, auch Planck Anm. 2 zu § 719.

[36] § 733 Abs. 1 (siehe unten § 199 Anm. 56 S. 777) bezieht sich nur auf das Verhältniß der Gesellschafter unter einander. Den Gläubigern räumt er Rechte auf abgesonderte Befriedigung nicht ein.

[37] Die entgegengesetzte Ansicht von Dernburg II § 360 II übersieht, daß § 51 KO. ein Absonderungsrecht nur dem Mitgesellschafter, nicht dem Gläubiger einräumt. Durch den Konkurs des Gesellschafters wird die Gesellschaft aufgelöst (§ 728). Zur Konkursmasse gehört nur der Antheil des Gemeinschuldners am Gesellschaftsvermögen, nicht an den einzelnen Gegenständen (KO. § 1, CPO. § 859 Abs. 1). Die Auseinandersetzung erfolgt außerhalb des Konkursverfahrens (KO. § 16 Abs. 1). Bei dieser sind zunächst die gemeinschaftlichen Schulden zu berichtigen, dann sind die Einlagen zurückzuerstatten, endlich ist der Ueberschuß unter die Gesellschafter zu vertheilen (§§ 733, 734). Was hierbei auf den Gemeinschuldner entfällt, gehört zur Konkursmasse. Sind die Gesellschaftsgläubiger und die Mitgesellschafter bei der Auseinandersetzung befriedigt worden, so behält es hierbei sein Bewenden. Ist dies aber nicht der Fall, so steht den Mitgesellschaftern wegen ihrer auf das Gesellschaftsverhältniß sich gründenden noch nicht berichtigten Forderungen

IV. Die Berechtigung der Gesellschafter ist eine gemeinschaftliche in dem oben dargelegten Sinne[38]). Die Gesellschafter können über die zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Gegenstände nur gemeinschaftlich verfügen. Auf Forderungen findet, auch wenn ihr Gegenstand nicht eine untheilbare Leistung ist, § 432 entsprechende Anwendung[39]).

V. In Prozessen, welche für oder gegen die Gesellschafter geführt werden, sind diese Partei[40]). Sie können daher in solchen Prozessen nicht als Zeugen vernommen, Eide müssen ihnen zugeschoben und von ihnen geleistet werden. Klagen müssen von allen Gesellschaftern und, wenn das Urtheil in das Gesellschaftsvermögen vollstreckt werden soll, gegen alle Gesellschafter erhoben werden (CPO. § 736)[41]). Die Vertreter der Gesellschafter (§ 714) haben, wenn sie zur Prozeßführung ermächtigt sind, nur die Stellung von Prozeßbevollmächtigten, nicht von gesetzlichen Vertretern[42]) [43]).

§ 199. Auflösung der Gesellschaft. Auseinandersetzung.

I. Bezüglich der Auflösung der Gesellschaft ist zu unterscheiden, ob die Gesellschaft für eine bestimmte Zeit eingegangen ist oder nicht.

1. Ist die Gesellschaft für eine bestimmte Zeit eingegangen[1]), so § 723 Abs. 1.

ein Recht auf abgesonderte Befriedigung aus dem zur Konkursmasse geflossenen Antheile des Gemeinschuldners zu. Hierin besteht die Bedeutung des § 51 KO. Dagegen ist den Gesellschaftsgläubigern, wenn sie bei der Auseinandersetzung nicht befriedigt worden sind, ein solches Recht nicht eingeräumt. Sie können ihre Forderungen nur als einfache Konkursforderungen geltend machen. Vergl. hierzu Jäger Anm. 17 zu § 16 und Anm. 1, 2, 4 zu § 51 KO., RG. Bd. 42 S. 103 ff., auch Jörges in der Zeitschr. f. Hlsr. Bd. 49 S. 195.

[38]) Siehe oben § 197 unter 4 und 5 S. 758 ff.

[39]) Siehe oben § 125 unter I, 2 und 3 S. 459 ff. Zu Besitzklagen ist der im Besitze befindliche Gesellschafter allein berechtigt. So zutreffend Cosack II § 266 I, 2b.

[40]) Dies ergiebt sich namentlich aus CPO. § 736 im Gegensatze zu HGB. § 124. Eine Klage für oder gegen die Gesellschaft kennt das Gesetz nicht. Vgl. auch CPO. § 50 Abs. 2.

[41]) Siehe im Texte unter IV und über § 736 CPO. unter III, 4 S. 767.

[42]) Siehe oben unter II, 2 und Anm. 9 S. 763. Wieso es möglich sein soll, einen nach § 736 zur Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen genügenden Titel durch eine nur gegen den geschäftsführenden Gesellschafter gerichtete Klage zu erlangen (so Begründung zu § 670 b Nov. CPO., Neumann Anm. 3 zu § 714, vgl. auch Jörges in der Zeitschr. für Hlsr. Bd. 49 S. 218 Anm. 227), ist nicht abzusehen. Eine solche Klage würde nicht einmal genügen, wenn die Vertreter gesetzliche Vertreter wären. Vgl. Gaupp-Stein Anm. 4 zu § 736 CPO., Knoke S. 76. — Die Zustellung der Klage kann an die Vertreter erfolgen, wenn sie zur Prozeßführung bevollmächtigt sind (siehe oben Anm. 10 S. 763.

[43]) Näheres über die Gesellschaftsprozesse siehe bei Knoke S. 89ff.

[1]) Die Bestimmung einer Zeitdauer kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Dagegen erscheint es nicht zutreffend, wenn im Anschluß an die M. II S. 618ff. gelehrt wird, daß die Gesellschaft auch dann für eine bestimmte Zeit eingegangen ist, wenn sie zur Vornahme bestimmter Geschäfte begründet ist. Dann werde die Zeitdauer durch den Gesellschaftszweck bestimmt. Vgl. z. B. Neumann Anm. II, 1 a, Fischer-Henle Anm. 4 zu § 723, auch S. Goldmann No. 5 zu § 131, No. 1 zu § 132 HGB. Aber in diesem Falle liegt gerade eine Gesellschaft von unbestimmter Zeitdauer vor. Selbst wenn ausdrücklich vereinbart ist, daß die Gesellschaft bis zur Erreichung bestimmter Zwecke dauern solle (Oertmann Anm. 2 a zu § 723 führt als Beispiel die Parzellierung eines Terrains an), so ist damit die Gesellschaft nicht für eine bestimmte, sondern für eine unbestimmte Zeit eingegangen. Auf eine solche Gesellschaft findet § 723 Abs. 1 S. 1 Anwendnug. (Vgl. auch Staub Anm. 3 zu § 132 HGB.) Bei vorzeitiger Kündigung wird hier Abs. 2 des § 723 von besonderer Wichtigkeit sein. Wollte man annehmen, daß solche Gesellschaften auf bestimmte Zeit eingegangen sind, so würde z. B. die Parzellierungsgesellschaft, falls nicht die Voraussetzungen des § 723 Abs. 1 S. 2 vorliegen, nicht gekündigt werden können, auch wenn sich die Parzellierung noch so sehr in die Länge zieht.

endigt sie mit dem Ablaufe dieser Zeit, ohne daß es einer Kündigung bedarf und ohne daß grundsätzlich eine solche vor dem Ablaufe der vertragsmäßigen Zeit zulässig wäre. Eine Kündigung kann vor dem Ablaufe der Zeit nur dann erfolgen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Wann diese Voraussetzung vorliegt, ist nach den Umständen des einzelnen Falles zu entscheiden[2]). Als ein wichtiger Grund gilt es jedoch stets, wenn ein anderer Gesellschafter eine ihm nach dem Gesellschaftsvertrag obliegende wesentliche Verpflichtung vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit verletzt oder wenn die Erfüllung einer solchen Verpflichtung unmöglich wird (§ 723 Abs. 1 S. 2)[3]). In letzterem Falle ist es gleichgültig, ob eine objektive oder eine subjektive Unmöglichkeit der Erfüllung vorliegt, ob die Unmöglichkeit auf dem Verschulden eines Gesellschafters beruht oder nicht und ob es sich um eine dem kündigenden oder einem anderen Gesellschafter obliegende wesentliche Verpflichtung handelt. Liegt ein wichtiger Grund nicht vor, so ist die Kündigung unwirksam; die Gesellschaft bleibt bestehen und der Kündigende bleibt Gesellschafter[4]).

2. Ist die Gesellschaft nicht für eine bestimmte Zeit eingegangen, so endigt sie

§ 726. a) wenn der vereinbarte Zweck erreicht oder dessen Erreichung unmöglich geworden ist (§ 726). In diesem Falle tritt die Auflösung der Gesellschaft von Rechtswegen ein[5]).

b) wenn ein Gesellschafter die Gesellschaft kündigt. Das Kündigungsrecht steht jedem Gesellschafter jederzeit zu (§ 723 Abs. 1 S. 1). Als auf unbe-

§ 724. stimmte Zeit eingegangen gilt in Ansehung des Kündigungsrechts auch eine Gesellschaft, die für die Lebenszeit eines Gesellschafters eingegangen ist oder die nach dem Ablaufe der bestimmten Zeit stillschweigend fortgesetzt wird (§ 724)[6]). Auch solche Gesellschaften können jederzeit gekündigt werden[7]) und zwar auch eine auf die Lebenszeit *eines* Gesellschafters eingegangene Gesellschaft von jedem Gesellschafter, nicht nur von demjenigen, auf dessen Lebenszeit sie eingegangen ist[8]).

3. Ueber die *Kündigung* ist noch folgendes zu bemerken:

a) Die Kündigung eines Gesellschafters hat an alle übrigen Gesellschafter

---

[2]) Knoke S. 106 führt als Fälle an, die in Betracht kommen können: Erhebliche Verluste am Gesellschaftsvermögen, schlechter Gang der Geschäfte, Streitigkeiten ernster Natur zwischen den Gesellschaftern, Uebersiedelung eines Gesellschafters an einen anderen Ort, Verschlechterung seiner Vermögensverhältnisse.

[3]) Siehe hierzu oben § 194 unter 4 b S. 740 und S. Goldmann No. 3 ff. zu § 133 HGB.

[4]) M. II S. 619. — Wird über die Wichtigkeit des Grundes im Prozeßwege gestritten, so hat doch das die Wichtigkeit anerkennende Urtheil, anders als nach § 133 Abs. 1 HGB., nur deklaratorische Wirkung. Die Auflösung der Gesellschaft erfolgt durch die Kündigung.

[5]) § 131 HGB. kennt diesen Auflösungsgrund nicht.

[6]) Vgl. HGB. § 134. — Ist vereinbart, daß nach dem Ablaufe der bestimmten Zeit, falls keine Kündigung erfolgt, die Gesellschaft als auf eine bestimmte Zeit verlängert gelten soll, so liegt wieder eine auf eine bestimmte Zeit eingegangene Gesellschaft vor. Um den Fall des § 724 handelt es sich dagegen, wenn die Gesellschaft nach dem Ablaufe der Zeit nicht nur zwecks der Auseinandersetzung (§ 730 Abs. 2 S. 1) stillschweigend fortgesetzt wird. Bis zum Ablaufe der bestimmten Zeit findet § 723 Abs. 1 S. 2 Anwendung.

[7]) Die Vorschrift des § 724 ist zwingender Natur. Eine Vereinbarung, daß die Kündigung auf die Lebenszeit eines Gesellschafters ausgeschlossen sein soll, ist unwirksam.

[8]) Planck Anm. 1 zu § 724, S. Goldmann No. 6 zu § 134 HGB.

zu erfolgen.[9]) Die Erklärung an die Geschäftsführer genügt nicht.[10]) Die Kündigung wird wirksam, wenn sie den anderen Gesellschaftern zugeht (§ 130), und zwar, wenn Mehreren zu kündigen ist, in dem Zeitpunkt, in welchem sie dem letzten zugeht.[11])

b) Eine Kündigungsfrist schreibt das Gesetz nicht vor, vielmehr tritt die Wirkung der Kündigung sowohl im Falle des S. 1 wie des S. 2 des § 723 Abs. 1 unmittelbar mit der Kündigung ein.[12]) Die Wirksamkeit der Kündigung wird auch dadurch nicht berührt, daß sie zur Unzeit erfolgt, d. h. gerade zu einer Zeit, zu der die Auflösung der Gesellschaft die gemeinschaftlichen Interessen der Gesellschafter schädigt.[13]) Zwar schreibt das Gesetz vor, daß zu einer solchen Zeit die Kündigung nicht erfolgen darf, es sei denn, daß ein wichtiger Grund für die unzeitige Kündigung vorliegt (§ 723 Abs. 2 S. 1). Aber es knüpft an die unzeitige Kündigung ohne wichtigen Grund nur eine Schadensersatzpflicht (§ 723 Abs. 2 S. 2). Diese setzt voraus, daß die Kündigung zur Unzeit erfolgt ist,[14]) daß hierfür, d. h. für die Kündigung zur Unzeit, ein wichtiger Grund nicht vorlag und daß in Bezug auf die unzeitige Kündigung den Kündigenden ein Verschulden trifft (§ 708).[15]) — Die Gesellschafter können eine Kündigungsfrist vereinbaren; dann tritt die Wirkung der Kündigung erst mit dem Ablaufe der Frist ein. Jedoch ist, auch wenn eine Kündigungsfrist bestimmt ist, die Kündigung ohne Einhaltung der Frist zulässig, wenn für eine solche Kündigung ein wichtiger Grund vorliegt (§ 723 Abs. 1 S. 3 und 2).[16])

§ 723 Abs. 2.

---

[9]) Hierüber herrscht anscheinend bis auf die Frage, ob die Gesellschafter bei der Kündigung durch die Geschäftsführer vertreten werden (siehe Anm. 10), Einstimmigkeit. Vgl. z. B. Planck Anm. 1e, Knoke S. 106ff., Müller S. 429. Nach Oertmann Anm. 1 zu § 723 entscheidet der Gesellschaftsvertrag darüber, ob die Kündigung allen anderen oder nur einem von ihnen zugehen muß. Damit soll wohl nur gesagt sein, daß ein Gesellschafter von den übrigen im Gesellschaftsvertrage zur Entgegennahme der Kündigung ermächtigt werden kann.

[10]) A. M. Fischer-Henle Anm. 3, Oertmann Anm. 1 zu § 723. Vgl. dagegen Dernburg II § 364 III, 4, Knoke S. 107, S. Goldmann No. 16, 17 zu § 132 HGB. Die Kündigung der Gesellschaft und die Empfangnahme einer solchen Kündigung sind keine Akte der Geschäftsführung. Siehe hierüber oben § 195 unter 1 S. 742. Oertmann a. a. O. hält im Falle des § 711 sogar die Kündigung an einen von mehreren Geschäftsführern für ausreichend. Daß dies nicht richtig ist, ergiebt die Vorschrift des § 729, die davon ausgeht, daß im Falle der Kündigung stets alle Geschäftsführer von der Kündigung Kenntniß haben müssen.

[11]) Oertmann Anm. 1 zu § 723, Knoke S. 107.

[12]) Anders HGB. § 132, nach dem eine sechsmonatige Kündigungsfrist vorgeschrieben ist und die Kündigung nur für den Schluß eines Geschäftsjahrs erfolgen kann.

[13]) Oertmann Anm. 3b zu § 723, Knoke S. 107.

[14]) Wesentlich ist die Schädigung nicht durch die Kündigung überhaupt, sondern durch die Kündigung gerade in dem betreffenden Zeitpunkte. Bei einer gewinnbringenden Gesellschaft werden die gemeinschaftlichen Interessen durch die Auflösung stets geschädigt. Deshalb ist nicht jede Kündigung eine unzeitige im Sinne des § 723 Abs. 2. Wenn dagegen z. B. die Kündigung gerade erfolgt, als ein einen Verlust abwendendes Geschäft bereits zum Abschlusse reif war, so würde der Fall des § 723 Abs. 2 vorliegen.

[15]) Knoke S. 107. — Eine arglistige Kündigung — z. B. die Kündigung im Falle der Anm. 14, wenn sie vorgenommen wird, um die Gesellschafter zu schädigen und sich selbst den Vortheil des Geschäfts zuzuwenden — kann nach Lage des einzelnen Falles als gegen die guten Sitten verstoßend nichtig oder nach § 226 unzulässig sein; sie kann auch nach § 723 Abs. 2 oder § 826 zum Schadensersatze verpflichten. Vgl. Planck Anm. 1d, Oertmann Anm. 3b, Kuhlenbeck Anm. 4 zu § 723.

[16]) Siehe im Texte unter 1 S. 770. — Wenn bei einer Gesellschaft von bestimmter Dauer, bei der eine Verlängerung für den Fall, daß keine Kündigung erfolgt, und für alle Fälle der Kündigung eine sechsmonatige Frist vereinbart ist, ein Gesellschafter vorzeitig, unzeitig und ohne Einhaltung der Frist kündigt, so müssen hierfür wichtige Gründe nach drei Richtungen

— Hat ein Gesellschafter bewiesen, daß er die Gesellschaft gekündigt hat, so trifft die Anderen die Beweislast dafür, daß die Gesellschaft für eine bestimmte Zeit eingegangen, daß eine Kündigungsfrist bestimmt oder daß die Kündigung zur Unzeit geschehen ist. Demgegenüber hat der Kündigende das Vorliegen eines wichtigen Grundes für die vorzeitige, fristlose oder unzeitige Kündigung zu beweisen.

c) Die Kündigung bewirkt die Auflösung der Gesellschaft, ihre Aufhebung für die Zukunft.[17]) Diese Wirkung tritt mit der Kündigung beziehungsweise mit dem Ablaufe der Kündigungsfrist ein.[18]) Hieraus ergiebt sich, daß eine einseitige Zurücknahme der Kündigung nicht zulässig ist, d. h. daß die einseitige Erklärung des Kündigenden, er nehme die Kündigung zurück, nicht die Wirkung haben kann, daß die durch die Kündigung aufgelöste Gesellschaft als fortbestehend angesehen wird. Für die Zurücknahme der Kündigung ist die ausdrückliche oder stillschweigende[19]) Zustimmung der übrigen Gesellschafter erforderlich. Auch die Rücknahme der Kündigung vor dem Eintritte der Auflösung der Gesellschaft, z. B. vor Ablauf der Kündigungsfrist, kann wirksam nur mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter erfolgen, da Willenserklärungen grundsätzlich unwiderruflich sind[20]). Wird in diesen Fällen die Kündigung mit Zustimmung aller Betheiligten zurückgenommen, so bleibt die bisherige Gesellschaft bestehen[21]).

§ 723 Abs. 3. d) Die Vorschriften des § 723 sind insoweit zwingender Natur, als Vereinbarungen, durch welche das Kündigungsrecht ausgeschlossen oder diesen Vorschriften zuwider beschränkt wird, nichtig sind (§ 723 Abs. 3). Dies gilt sowohl für die drei Fälle des Abs. 1 wie für den Fall des Abs. 2 des § 723[22]). Ob eine unwirksame Ausschließung oder Beschränkung des Kündigungsrechts den ganzen Gesellschaftsvertrag unwirksam macht, bestimmt sich nach dem § 139. — Eine Erweiterung des dem Gesellschafter nach den Vorschriften des § 723 zustehenden Kündigungsrechts ist zulässig.

4. Die Gesellschaft endigt ohne Rücksicht darauf, ob sie für bestimmte oder für unbestimmte Zeit eingegangen ist,

a) wenn die Auflösung von sämmtlichen Gesellschaftern vereinbart wird[23]),

---

vorliegen: für die Kündigung vor Ablauf der bestimmten Zeit, für die Kündigung ohne Einhaltung der Kündigungsfrist, für die Kündigung zur Unzeit. Unter Umständen kann eine Thatsache, z. B. eine grobe Pflichtverletzung eines Gesellschafters, einen wichtigen Grund nach allen drei Richtungen darstellen.

[17]) Siehe oben § 102 Anm. 2 S. 398. Im E. I § 648 Abs. 1 war diese Wirkung der Kündigung ausdrücklich ausgesprochen. Vgl. Prot. II S. 437.

[18]) Siehe im Texte unter b. — Die Auflösung als Wirkung der Kündigung kann gemäß § 736 ausgeschlossen werden. Siehe hierüber unten § 200 S. 779.

[19]) Die stillschweigende Zustimmung kann z. B. in der Fortsetzung der Gesellschaft liegen.

[20]) Siehe oben § 23 Anm. 14 S. 107. Vergl. über die Rücknahme der Kündigung Staub Anm. 9 zu § 132 HGB., Oertmann Anm. 5 zu § 723, S. Goldmann No. 21 zu § 132 HGB.

[21]) Knoke S. 110 ff.; siehe oben § 155 Anm. 14 S. 559.

[22]) Unwirksam ist z. B. auch eine Vereinbarung, daß eine Kündigung zur Unzeit gänzlich, also auch beim Vorliegen eines wichtigen Grundes, ausgeschlossen sein soll. — Gültig ist ein Verzicht auf die Kündigung für eine bestimmte Zeit, da hierin die zulässige Vereinbarung einer Zeitdauer für die Gesellschaft liegt. Eine unzulässige Beschränkung der jederzeit zulässigen Kündigung (§ 723 Abs. 1 S. 1) kann unter Umständen auch in der Bestimmung einer übermäßig langen Kündigungsfrist liegen. Vergl. Oertmann Anm. 6 zu § 723, Dernburg II § 364 III, 5, Knoke S. 105 Anm. 23, Staub Anm. 3 zu § 132 HGB., S. Goldmann No. 8—10 zu § 132 HGB.

[23]) Vergl. HGB. § 131 Nr. 2. Dieser Auflösungsgrund ist ebenso wie der Eintritt einer auflösenden Bedingung, unter der das Gesellschaftsverhältniß eingegangen ist, im Gesetze nicht besonders ausgesprochen. M. II S. 617.

§ 725.

b) durch die Kündigung eines Gläubigers eines Gesellschafters, welcher die Pfändung des Antheils des Gesellschafters an dem Gesellschaftsvermögen erwirkt hat[24]). Eine solche Pfändung giebt dem Gläubiger, sofern sein Schuldtitel nicht nur vorläufig vollstreckbar ist[25]), das Recht, die Gesellschaft ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist[26]) zu kündigen. Dieses Kündigungsrecht steht dem Gläubiger auf Grund der Pfändung als eigenes Recht, nicht als Recht seines Schuldners zu. Es ist deshalb weder den Bestimmungen, welche der Gesellschaftsvertrag über die Kündigung enthält, noch den Vorschriften des § 723 unterworfen. Der Gläubiger kann die Gesellschaft jederzeit ohne Frist kündigen, mag sie auf bestimmte oder unbestimmte Zeit eingegangen, mag eine Kündigungsfrist bestimmt sein oder mag auch die Kündigung zur Unzeit erfolgen[27]). Die Kündigung muß auch hier allen Gesellschaftern zugehen; sie hat mit ihrer Wirksamkeit die Auflösung der Gesellschaft zur Folge[28]). Durch die Pfändung des Antheils erlangt der Gläubiger nicht die Stellung eines Gesellschafters. Er kann, solange die Gesellschaft besteht, die sich aus dem Gesellschaftsverhältniß ergebenden Rechte des Gesellschafters nicht geltend machen mit Ausnahme des Anspruchs auf einen Gewinnantheil (§ 725 Abs. 2). Der Gläubiger erlangt also durch die Pfändung von den gesellschaftlichen Rechten nur das Kündigungsrecht, sonstige Rechte stehen ihm den anderen Gesellschaftern gegenüber nicht zu[29]). Auf der anderen Seite werden durch die Pfändung eines Antheils weder die Gesellschafter insgesammt an der Verfügung über das Gesellschaftsvermögen noch der schuldnerische Gesellschafter an der Ausübung der ihm zustehenden gesellschaftlichen Rechte gehindert, so daß der Gläubiger durch die bloße Pfändung des Antheils wenig gesichert ist. Nach der Kündigung steht ihm das Recht auf Auseinandersetzung und auf Herausgabe des dem Schuldner gebührenden Ueberschusses zu[30]). Ein Recht auf Mitwirkung bei der Auseinandersetzung hat der

---

[24]) Ueber die Zulässigkeit einer solchen Pfändung siehe oben § 197 unter 4 S. 760, § 198 Anm. 31 S. 767. Anders als nach § 135 HGB. ist die Pfändung hier nicht davon abhängig, daß innerhalb der letzten sechs Monate eine Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des Gesellschafters ohne Erfolg versucht ist.

[25]) Das Gesetz schreibt hier nicht, wie im § 135 HGB., vor, daß die Pfändung auf Grund eines nicht nur vorläufig vollstreckbaren Schuldtitels erfolgt sein muß. Eine Pfändung auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urtheils genügt, sobald das Urtheil rechtskräftig geworden ist. § 859 CPO. beschränkt die Pfändung nicht. § 725 BGB. macht nicht die Pfändung, sondern nur die Kündigung von einem endgültig vollstreckbaren Schuldtitel abhängig.

[26]) Anders HGB. § 135, der die Kündigung nur sechs Monate vor dem Ende des Geschäftsjahrs für diesen Zeitpunkt zuläßt.

[27]) Vergl. Planck Anm. 1 zu § 725, Knoke S. 109, S. Goldmann No. 24 zu § 135 HGB.

[28]) Siehe oben unter 3 a und c S. 770, 772. Die Gesellschafter können die Kündigung durch Befriedigung des Gläubigers gemäß § 268 abwenden, sobald dieser die Pfändung des Antheils betreibt, da sie Gefahr laufen, durch die Auflösung ihren Antheil am Gesellschaftsvermögen zu verlieren. Nach erfolgter Kündigung und der damit bewirkten Auflösung steht ihnen dieses Recht nicht mehr zu. Vergl. Knoke S. 109 ff., S. Goldmann No. 16 zu § 135 HGB. Wird nach der Auflösung der Gläubiger befriedigt und die Gesellschaft fortgesetzt, so liegt der Abschluß eines neuen Gesellschaftsvertrags vor. Vgl. Planck Anm. 3 zu § 725. — Im Gesellschaftsvertrage kann die Auflösung der Gesellschaft durch die Kündigung des Gläubigers gemäß § 736 ausgeschlossen werden. Siehe hierüber unten § 200 Anm. 45 S. 779.

[29]) Vergl. Prot. VI S. 327 unter VII.

[30]) Die Geltendmachung dieser Ansprüche setzt voraus, daß der gepfändete Antheil dem Gläubiger auch überwiesen ist (vergl. CPO. §§ 836 Abs. 1, 835, 857 Abs. 1). A. M. Fischer-Henle Anm. 1 zu § 725. Für die Kündigung ist nach dem klaren Wortlaute der § 725 die Ueberweisung nicht Voraussetzung. Anders Staub Anm. 35 Exkurs zu § 342 im Anschluß an § 135 HGB.

Gläubiger nicht (§§ 725 Abs. 2, 730 Abs. 2 S. 1)[31]. Er hat nur die Sicherheit, daß an seinen Schuldner nicht gezahlt wird und daß dieser über das Auseinandersetzungsguthaben nicht verfügen kann[32].

§ 727. c) durch den Tod des Gesellschafters, sofern nicht aus dem Gesellschaftsvertrage sich ein Anderes ergiebt[33] (§ 727 Abs. 1). Die Auflösung der Gesellschaft tritt mit dem Tode ein, nicht erst mit der Kenntniß der anderen Gesellschafter von dem Tode. Die Erben des verstorbenen Gesellschafters sind verpflichtet, den übrigen Gesellschaftern den Tod unverzüglich anzuzeigen und bei Gefahr im Verzuge die ihrem Erblasser übertragenen Geschäfte fortzuführen, bis die übrigen Gesellschafter in Gemeinschaft mit ihnen anderweit Fürsorge treffen können[34]. Auch die übrigen Gesellschafter sind in gleicher Weise zur einstweiligen Fortführung der ihnen übertragenen Geschäfte verpflichtet. Die Gesellschaft gilt insoweit als fortbestehend (§ 727 Abs. 2, vergl. § 673 S. 2, HGB. § 137). Hieraus folgt insbesondere, daß auch die Erben für die Erfüllung der ihnen im § 727 Abs. 2 S. 1 auferlegten Pflichten nur gemäß § 708 haften. — Der Verlust der Geschäftsfähigkeit eines Gesellschafters hat an sich die Auflösung der Gesellschaft nicht zur Folge. Er kann aber unter Umständen die Gesellschaft nach § 726 beendigen oder doch für den Gesellschafter auch bei Gesellschaften von bestimmter Dauer ein Kündigungsrecht nach § 723 Abs. 1 S. 2 begründen[35].

§ 728. d) durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters[36] (§ 728 S. 1). Auch hier ist den übrigen Gesellschaftern die Verpflichtung auferlegt, bei Gefahr im Verzuge die ihnen übertragenen Geschäfte einstweilen fortzuführen. Die Gesellschaft gilt auch in diesem Falle insoweit als fortbestehend (§§ 728 S. 2, 727 Abs. 2 S. 2 und 3)[37]. In Ansehung der Ansprüche, welche ihnen aus der einstweiligen Fortführung der Geschäfte zustehen, sind die geschäftsführenden Gesellschafter, soweit sie nicht auf Grund des ihnen nach § 51 KO. zustehenden Absonderungsrechts befriedigt werden[38], Massegläubiger (KO. § 28). — Durch den Gesellschaftsvertrag kann die Auflösung der Gesellschaft durch den Konkurs über das Vermögen eines Gesellschafters der Art

---

[31]) Vergl. hierzu Staub Anm. 6 zu § 135 und über die Auseinandersetzung unten Anm. 49 S. 776.

[32]) Cosack II § 268 II, 7.

[33]) Aus dem Gesellschaftsvertrage kann sich ergeben, daß die Gesellschaft mit den Erben fortgesetzt werden oder unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll (§ 736). Ersteren Falles werden die Erben Gesellschafter an Stelle des Erblassers mit dessen Rechten und Pflichten. Doch erlischt die Uebertragung der Geschäftsführung mit dem Tode des Erblassers (vergl. § 673, Oertmann Anm. 1a zu § 727, Knoke S. 125). Die Haftung für gemeinschaftliche Schulden mit dem Gesellschaftsvermögen ist für die Erben dieselbe wie für den Erblasser. Die Haftung der Ersteren mit dem Privatvermögen bestimmt sich nach den allgemeinen Vorschriften über die Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten. Vergl. hierzu Knoke S. 125 ff. — Nach preußischem Rechte hatte der Tod eines Gesellschafters die Auflösung nicht zur Folge (§§ 278 ff. I, 17 ALR.). Im Falle des § 281 war ein Rücktrittsrecht gegeben.

[34]) Vergl. M. II S. 623; S. Goldmann No. 6 ff. zu § 137 HGB.

[35]) M. II S. 624, Planck Anm. 3 zu § 727, Neumann Anm. 3 zu § 728, Staub Anm. 7 zu § 339 HGB.

[36]) Darüber, daß es keinen Konkurs über das Gesellschaftsvermögen giebt, siehe oben § 197 Anm. 17 S. 759.

[37]) Dem Konkursverwalter ist nicht, wie im § 727 Abs. 2 S. 1 dem Erben, eine Anzeige- und Fürsorgepflicht auferlegt. Vgl. S. Goldmann No. 13 zu § 137 HGB.

[38]) Vergl. Jäger Anm. 4 zu § 28 KO. und über § 51 KO. oben § 198 Anm. 37 S. 768.

ausgeschlossen werden, daß statt der Auflösung das Fortbestehen der Gesellschaft unter Ausscheiden des im Konkurse befindlichen Gesellschafters vereinbart wird (§ 736). Im übrigen ist die Vorschrift des § 728 zwingender Natur[39]).

§ 730.

II. Die Auflösung der Gesellschaft hat die Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern in Ansehung des Gesellschaftsvermögens zur Folge (§ 730 Abs. 1), falls die Gesellschafter nicht etwas Anderes vereinbart haben[40]). Die Auseinandersetzung erfolgt ausschließlich im Interesse der Gesellschafter, nicht der Gläubiger[41]). Das Interesse der Gesellschafter erfordert regelmäßig die Verwendung der gemeinschaftlichen Gegenstände zur Erfüllung der Verbindlichkeiten; zu diesem Zwecke hat der Theilung die Realisierung des gemeinsamen Vermögens vorauszugehen[42]). — Im Einzelnen gilt Folgendes:

1. Obwohl die Gesellschaft aufgelöst ist, gilt sie für die Beendigung der schwebenden Geschäfte, für die für die Beendigung solcher Geschäfte erforderliche Eingehung neuer Geschäfte sowie für die Erhaltung und Verwaltung des Gesellschaftsvermögens als fortbestehend. Dies gilt jedoch nur, soweit der Zweck der Auseinandersetzung es erfordert (§ 730 Abs. 2 S. 1), darüber hinaus kann die aufgelöste Gesellschaft nicht als fortbestehend behandelt werden[43]). Es gilt aber sowohl im Verhältnisse der Gesellschafter unter einander wie Dritten gegenüber. Danach finden alle Vorschriften über die Gesellschaft, soweit nichts Abweichendes bestimmt ist, auch noch während der Auseinandersetzung Anwendung, insbesondere auch die Vorschriften über die Geschäftsführung, über die Vertretung und über das Gesellschaftsvermögen[44]). Die Auseinandersetzung erfolgt also nicht durch Liquidatoren, sondern durch die Gesellschafter (§ 709). Doch bestimmt das Gesetz, daß, wenn sich nicht aus dem Vertrag ein Anderes ergiebt, die einem Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrage zustehende Befugniß zur Geschäftsführung mit der Auflösung erlischt. Sie gilt jedoch, außer

---

[39]) Knoke S. 110, vergl. auch Staub Anm. 6 zu § 339 HGB. Anderenfalls könnte der Antheil des Gemeinschuldners am Gesellschaftsvermögen der Konkursmasse vollständig entzogen werden.

[40]) Die Vorschrift des § 730 Abs. 1 ist ergänzender Natur. Vergl. HGB. § 145 Abs. 1. Eine abweichende Vereinbarung kann bei Errichtung der Gesellschaft oder später, auch nach der Auflösung, erfolgen. Nur wenn die Auflösung Folge der Kündigung eines Gläubigers ist (§ 725), kann nach der Kündigung eine die Auseinandersetzung ausschließende Vereinbarung ohne Zustimmung des Gläubigers nicht mehr getroffen werden. Vergl. HGB. § 145 Abs. 2 und Knoke S. 116 Anm. 4. — Es kann z. B. verabredet werden, daß einer der bisherigen Gesellschafter gegen Abfindung der Uebrigen das ganze Gesellschaftsvermögen übernehmen, daß eine Uebertragung auf einen Dritten stattfinden soll oder dergleichen.

[41]) Deshalb findet hier weder eine öffentliche Aufforderung zur Anmeldung der Ansprüche (§ 50) noch die Sperrung des Vermögens bis zum Ablaufe eines Jahres statt (§ 51). Vergl. Cosack II § 268 Anm. 17, Knoke S. 116 Anm. 2.

[42]) M. II S. 625.

[43]) Hieraus ergiebt sich, daß nach Auflösung der Gesellschaft deren Fortbestehen auch im Stadium der Auseinandersetzung nicht mehr vereinbart werden kann. Eine solche Vereinbarung enthält den Abschluß eines neuen Gesellschaftsvertrags, nicht die Wiederherstellung der früheren Gesellschaft. Auf das Bestehenbleiben der Gesellschaft kann man sich für die entgegengesetzte Ansicht nicht berufen, da die Gesellschaft nur für die Zwecke der Auseinandersetzung bestehen bleibt und zu dieser gerade die Fortsetzung der Gesellschaft nicht gehört. Die gemeine Meinung läßt allerdings die Wiederherstellung der Gesellschaft im Liquidationsstadium zu. Vgl. für die offene Handelsgesellschaft die Entschdg. d. Kammerger. im Jahrbuch Bd. 25 A. S. 78 ff. und die dort angeführte Literatur und Rechtsprechung.

[44]) Vgl. Planck Anm. zu § 730, Neumann Anm. 1 zu § 730, Dernburg II § 365 Anm. 2, Knoke S. 117 Anm. 6.

§ 729. im Falle der Auflösung der Gesellschaft durch Kündigung[45]), zu seinen Gunsten gleichwohl als fortbestehend, bis er von der Auflösung Kenntniß erlangt oder die Auflösung kennen muß (§ 729)[46]). Auch Dritte können sich auf das Fortbestehen der Befugniß nur berufen, wenn sie bei Vornahme des Rechtsgeschäfts das Erlöschen nicht kannten oder kennen mußten (§ 169). — In Ermangelung einer abweichenden Bestimmung des Gesellschaftsvertrags erfolgt dann die Auseinandersetzung durch alle Gesellschafter als gemeinschaftliche Geschäftsführer (§ 730 Abs. 2 a. E.). Für einen verstorbenen Gesellschafter sind dessen Erben Mit-Geschäftsführer[47]) (§ 727 Abs. 2 S. 1), an Stelle eines im Konkurse befindlichen Gesellschafters tritt der Konkursverwalter. Dagegen ist der Gläubiger eines Gesellschafters (§ 725) zur Geschäftsführung nicht befugt; diese verbleibt vielmehr dem Gesellschafter selbst[48]).

§ 731. 2. Der Geschäftskreis der Gesellschafter während der Auseinandersetzung wird durch den Zweck der letzteren bestimmt (vgl. § 730 Abs. 2 S. 1)[49]). Die Art der Auseinandersetzung richtet sich in erster Reihe nach den Vereinbarungen der Gesellschafter, in Ermangelung solcher nach den §§ 732—735 und, insoweit diese Bestimmungen nicht enthalten, in Ansehung der Theilung nach den Vorschriften über die Gemeinschaft[50]) (§ 731).

§ 732. 3. Zunächst sind jedem Gesellschafter die Gegenstände, die er der Gesellschaft zur Benutzung überlassen hat[51]), in Natur zurückzugeben (§ 732 S. 1) und zwar sogleich nach der Auflösung der Gesellschaft, nicht erst bei Beendigung der Auseinandersetzung. Die Gefahr eines solchen Gegenstandes trägt der beitragende Gesellschafter. Ist der Gegenstand durch Zufall in Abgang gekommen oder verschlechtert, so kann er Ersatz nicht verlangen (§ 732 S. 2). Beruht die Unmöglichkeit der Rückgabe oder die Verschlechterung auf einem Verschulden der geschäftsführenden Gesellschafter, so haften für dieses die sämmtlichen Gesellschafter[52]) nach allgemeinen Grundsätzen (§§ 280, 281, 708, 278).

§ 733. 4. Das nach Rückgabe der nur zur Benutzung überlassenen Gegenstände verbleibende Gesellschaftsvermögen ist sodann in Geld umzusetzen, soweit dies zur Berichtigung der gemeinschaftlichen Schulden und zur Rückerstattung der Einlagen erforderlich ist (§ 733 Abs. 3)[53]). Aus dem Gesellschaftsvermögen sind nämlich zunächst die gemeinschaftlichen Schulden zu berichtigen. Falls eine

---

[45]) In diesem Falle hat jeder Gesellschafter von der Auflösung Kenntniß (siehe oben Anm. 10 S. 771).

[46]) Vgl. §§ 674, 1682, 1893 Abs. 1. Die Ansprüche, welche dem Gesellschafter aus der Fortführung der Geschäfte zustehen, sind im Konkurse des Mitgesellschafters, sofern sie nicht aus dessen Antheile befriedigt werden (KO. § 51), einfache Konkursforderungen (KO. § 28).

[47]) Die Erben üben das Recht der Geschäftsführung gemeinschaftlich aus. Vgl. Knoke S. 117 Anm. 7. Eine dem § 146 Abs. 1 S. 2 HGB. entsprechende Vorschrift ist für die Gesellschaft des BGB. nicht gegeben.

[48]) Siehe oben Anm. 31 S. 774.

[49]) Siehe hierzu oben § 21 unter V, 3 S. 93 ff. und HGB. § 149.

[50]) §§ 752 ff. Siehe unten § 204 unter 5 und 6.

[51]) Siehe oben § 194 unter 2 S. 737.

[52]) Nicht nur die Geschäftsführer, welchen das Verschulden zur Last fällt, wie Planck Anm. zu § 732 annimmt. Die Gesellschafter haften für ein Verschulden der Geschäftsführer in Ansehung der Rückgabe-Verpflichtung nach § 278. Siehe hierüber oben § 84 bei Anm. 44 S. 327. Vgl. auch Knoke S. 117 ff.

[53]) Die Verwerthung erfolgt in Ermangelung einer Vereinbarung der Gesellschafter gemäß den §§ 753, 754 (§ 731 S. 2). Vgl. hierzu Cosack II § 268 II, 5.

Schuld noch nicht fällig[54]) oder streitig ist, so ist das zur Berichtigung Erforderliche zurück zu behalten (§ 733 Abs. 1 S. 1 und 2)[55]). Gemeinschaftliche Schulden sind nur diejenigen, welche sich auf das Gesellschaftsverhältniß gründen[56]), diese aber ohne Rücksicht darauf, ob die Gesellschafter als Gesammtschuldner oder nur zu Antheilen[57]) haften und ob der Gläubiger ein Dritter oder ein Gesellschafter ist (§ 733 Abs. 1 S. 1)[58]). Auf Berichtigung anderer Schulden aus dem Gesellschaftsvermögen hat kein Gesellschafter Anspruch, auch wenn alle Gesellschafter als Gesammtschuldner für die betreffende Schuld haften. — Nach Berichtigung der gemeinschaftlichen Schulden sind aus dem übrig bleibenden Gesellschaftsvermögen die (nicht nur zur Benutzung überlassenen) Einlagen zurückzuerstatten. Die Gefahr dieser Einlagen tragen die Gesellschafter; sie sind zu erstatten, auch wenn und soweit sie bei der Auflösung der Gesellschaft nicht mehr vorhanden sind. Die Erstattung erfolgt nicht in Natur, sondern stets in Geld, auch für solche Einlagen, die nicht in Geld bestanden. Für sie ist der objektive Werth zu ersetzen, den sie zur Zeit der Einbringung[59]) gehabt haben (§ 733 Abs. 2 S. 1 und 2). Nicht erstattet werden alle solche Einlagen, welche in der Leistung von Diensten[60]) oder in der Ueberlassung der Benutzung eines Gegenstandes bestanden haben (§ 733 Abs. 2 S. 3)[61]).

§§ 734, 735.

5. Wenn nach Rückgabe der zur Benutzung überlassenen Gegenstände, nach Berichtigung der gemeinschaftlichen Schulden und Rückerstattung der Einlagen ein Ueberschuß verbleibt, so ist er unter die Gesellschafter nach dem Verhältniß ihrer Antheile am Gewinne (§ 722) zu vertheilen (§ 734)[62]). Die Vertheilung erfolgt in Ermangelung einer anderen Vereinbarung nach den §§ 752 ff. (§ 731), also hier in erster Reihe durch Theilung in Natur (§ 752) und erst, wenn diese ausgeschlossen ist, durch Verkauf des Gegenstandes und Theilung des Erlöses[63]). Für die dem einzelnen Gesellschafter zugetheilten Gegenstände haben

[54]) Zu den noch nicht fälligen Schulden wird man im Sinne des § 733 Abs. 1 auch die aufschiebend bedingten rechnen müssen. A. M. Knoke S. 118.

[55]) Es sei hier wiederholt darauf hingewiesen, daß der § 733 nicht den Gläubigern sondern nur den Gesellschaftern gegen einander Rechte gewährt (siehe oben Anm. 41 S. 775). Die Rechte der Gläubiger werden durch die Auseinandersetzung nicht berührt. Sie können ihre Ansprüche nach wie vor in das Gesellschaftsvermögen und in das Privatvermögen geltend machen. Ein Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen steht ihnen nicht zu. Siehe oben § 198 unter III S. 765 ff. und Anm. 37 S. 768.

[56]) Ebenso Planck Anm. 1, Oertmann Anm. 2, b, Fischer-Henle Anm. 1 zu § 733, Knoke S. 118 ff., Jäger Anm. 6 zu § 51 KO.

[57]) Siehe oben § 198 unter III, 1 S. 765.

[58]) Ein Gesellschafter kann z. B. Gläubiger sein bei Ansprüchen aus einem mit der Gesellschaft abgeschlossenen Vertrag oder bei Ansprüchen aus der Geschäftsführung.

[59]) Eine Werthsteigerung kommt also dem Gesellschaftsvermögen ebenso zu Gute wie ihm eine Werthminderung zur Last fällt. Vgl. Knoke S. 120, Müller S. 408.

[60]) Siehe hierzu oben § 194 Anm. 3 S. 735.

[61]) Da die Bestimmung nur dispositiv ist, kann eine Ersatzpflicht von den Gesellschaftern vereinbart werden (§ 731).

[62]) Anders HGB. § 155 Abs. 1, nach dem eine Vertheilung nach dem Verhältnisse der Kapitalantheile stattfindet. — Die Gesellschafter haben nur einen obligatorischen Anspruch auf den Ueberschuß beziehungsweise auf die einzelnen ihnen bei der Theilung zufallenden Gegenstände. Diese sind ihnen zu übertragen, z. B. ist ein Grundstück aufzulassen, eine Sache zu übergeben, eine Forderung abzutreten. Bis dies geschehen ist, bleibt der Gegenstand gemeinschaftliches Eigenthum der Gesellschafter. Vgl. Knoke S. 120 ff.

[63]) Ueber die §§ 752 ff. siehe unten § 204 unter 5 und 6. Auch § 756 findet Anwendung, wenn ein Gesellschafter gegen einen anderen Gesellschafter (nicht gegen alle, da dann der Fall des § 733 Abs. 1 S. 1 vorliegt) eine Forderung hat, die sich auf das Gesellschaftsverhältniß gründet. So zutreffend Knoke S. 122 gegen Prot. II S. 767 und Planck Anm. 2 zu § 731.

die übrigen Gesellschafter wie ein Verkäufer Gewähr zu leisten (§§ 731, 757). Reicht umgekehrt das Gesellschaftsvermögen zur Berichtigung der gemeinschaftlichen Schulden und zur Rückerstattung der Einlagen nicht aus, so haben die Gesellschafter für den Fehlbetrag nach dem Verhältniß aufzukommen, nach welchem sie den Verlust zu tragen haben (§§ 735 S. 1, 722)[64]. Die Nachschußpflicht trifft alle Gesellschafter ohne Rücksicht auf die Höhe und Art ihrer Einlagen, also auch diejenigen, welche nur Dienste beigetragen haben[65]. Wenn von einem Gesellschafter der auf ihn entfallende Beitrag nicht erlangt werden kann, so haben die übrigen Gesellschafter den Ausfall ebenfalls nach dem Verhältniß ihrer Antheile am Verluste zu tragen (§ 735 S. 2)[66] [67].

§ 200. Ausscheiden von Gesellschaftern.[1]

Durch den Gesellschaftsvertrag wird jeder Gesellschafter allen übrigen Gesellschaftern gegenüber berechtigt und verpflichtet[2]; die Förderung des Gesellschaftszwecks durch alle anderen bildet für Jeden die Gegenleistung für die von ihm übernommenen Verpflichtungen. Hieraus ergiebt sich, daß die Gesellschaft grundsätzlich nur unter allen denen weiter bestehen kann, welche den Vertrag geschlossen haben. Deshalb ist es einerseits ebenso unzulässig, daß nur einem Gesellschafter oder einzelnen Gesellschaftern gekündigt wird der Art, daß die Gesellschaft unter den übrigen bestehen bleiben soll[3], wie daß ein einzelner Gesellschafter seinerseits das Vertragsverhältniß in dieser Art kündigt[4]. Andererseits haben das Ausscheiden eines Gesellschafters durch den Tod und die Eröffnung des Konkurses

[64] Siehe über diese Nachschußpflicht oben § 194 Anm. 8 S. 736. § 735 enthält, soweit es sich um eine Gesammthaftung handelt, eine andere Bestimmung im Sinne des § 426 Abs. 1 S. 1. — Der § 735 gilt auch für die offene Handelsgesellschaft. Vgl. Neumann Anm. 3 zu § 735, Staub Anm. 14 zu § 155 HGB.

[65] M. II S. 628.

[66] Die Einlage des A. beträgt 3000, die des B. 2000, des C. 1000 Mk. Bei Auflösung der Gesellschaft beträgt deren Vermögen 3000 Mk., außerdem sind 9000 Mk. gemeinschaftliche Schulden vorhanden. Zu berichtigen sind also 9000 Mk. Schulden und 6000 Mk. Einlagen, zusammen 15000 Mk. Da nur 3000 Mk. vorhanden sind, ergiebt sich ein Fehlbetrag von 12000 Mk., zu dem A., B. und C. je 4000 Mk. beizutragen haben (§§ 735 S. 1, 722). Sie gehen danach ihrer Einlagen verlustig und haben noch A. 1000, B. 2000, C. 3000, zusammen 6000 Mk. einzuzahlen, die mit den vorhandenen 3000 Mk. zur Berichtigung der Schulden von 9000 Mk. verwendet werden. Ist B. zahlungsunfähig, so haben seine 2000 Mk. A. und C. zu gleichen Theilen, also jeder 1000 Mk., aufzubringen (§§ 735 S. 2, 722), so daß nun A. im Ganzen noch 2000, C. noch 4000 Mk. nachzuzahlen hat. — Waren bei der Auflösung 3000 Mk., aber keine Schulden vorhanden, so ergiebt sich, da nur die Einlagen mit 6000 Mk. zu erstatten sind, ein Fehlbetrag von 3000 Mk., den jeder Gesellschafter mit 1000 Mk. zu tragen hat. In diesem Falle erhält danach von den vorhandenen 3000 Mk. A. 2000, B. 1000, C. nichts. Betrug das Vermögen nur 1500 Mk., so hat für den Fehlbetrag von 4500 Mk. jeder mit einem Drittel, also für 1500 Mk., aufzukommen. A. hat 1500, B. 500 Mk. zu erhalten, C. 500 zu zahlen. Ist C. zahlungsunfähig, so erhält A. nur 1250, C. nur 250 Mk.

[67] Die Rechte der Gläubiger, welche etwa bei der Auseinandersetzung nicht befriedigt sind, werden durch deren Beendigung nur insofern berührt, als eine Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen nicht mehr möglich ist. Die Haftung mit dem Privatvermögen bleibt unberührt. Ueber den Fall der Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen siehe oben § 22 Anm. 45 S. 104.

[1] Ueber den Eintritt neuer Gesellschafter siehe § 201 unter 4, b S. 784.

[2] Siehe oben § 193 unter II, 3 d S. 731.

[3] Die Ausschließung eines Gesellschafters ist hiernach grundsätzlich unzulässig. Vgl. M. II S. 617, Cosack II § 269 I, 1. Anders ALR. I, 17 § 273. Durch den Gesellschaftsvertrag kann das Recht der Ausschließung vereinbart werden.

[4] Anders ALR. I, 17 § 269.

über das Vermögen eines Gesellschafters die Auflösung der ganzen Gesellschaft zur Folge (§§ 727, 728). Von diesem Grundsatze, daß beim Wegfall auch nur eines Gesellschafters die Gesellschaft aufgelöst wird, kennt das Gesetz aber eine Ausnahme. Im Gesellschaftsvertrage kann bestimmt werden, daß, wenn ein Gesellschafter kündigt[5]) oder stirbt oder wenn der Konkurs über sein Vermögen eröffnet wird, die Gesellschaft hierdurch nicht aufgelöst werden, sondern unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll (§ 736). Eine solche Vereinbarung kann bei Errichtung der Gesellschaft oder auch später[6]), sie muß aber vor der durch Kündigung, Tod oder Konkurseröffnung bewirkten Auflösung der Gesellschaft getroffen werden[7]). Ist die Auflösung bereits erfolgt, so stellt sich eine Vereinbarung der übrigen Gesellschafter über die Fortsetzung der Gesellschaft als Abschluß eines neuen Gesellschaftsvertrags dar[8]). Voraussetzung für die Abrede im Sinne des § 736 ist, daß die Gesellschaft aus mehr als zwei Personen besteht. Anderenfalls — wenn beim Ausscheiden eines nur noch ein Gesellschafter übrig bleibt — kann von einem Fortbestehen der Gesellschaft nicht die Rede sein[9]). — Die Wirkung der Abrede ist folgende[10]): **§ 736.**

1. Die Kündigung, der Tod, die Konkurseröffnung bewirken nicht die Auflösung der Gesellschaft, vielmehr scheidet der Gesellschafter, in dessen Person ein solches Ereigniß eintritt, aus der Gesellschaft aus, während diese unter den übrigen Gesellschaftern bestehen bleibt (§ 736, vgl. HGB. § 138). Das Ausscheiden erfolgt in demjenigen Zeitpunkt, in welchem, falls die Abrede nicht getroffen worden wäre, die Auflösung der Gesellschaft eingetreten wäre[11]).

2. Die Vereinbarung, daß im Falle der Kündigung seitens eines Gesellschafters die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll, hat ferner die Folge, daß ein Gesellschafter aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden kann, wenn in seiner Person ein Umstand eintritt, der die anderen Gesellschafter nach § 723 Abs. 1 S. 2 zur Kündigung berechtigt, insbesondere also, wenn ein Gesellschafter eine ihm nach dem Gesellschaftsvertrag obliegende wesentliche Verpflichtung vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit verletzt oder wenn die Erfüllung einer solchen Verpflichtung unmöglich wird (§ 737 S. 1, vgl. HGB. § 140)[12]). Die Ausschließung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem auszu- **§ 737.**

---

[5]) Im § 736 ist zwar nur von der Kündigung des Gesellschafters die Rede. Die Abrede ist aber auch zulässig für den Fall, daß der Gläubiger eines Gesellschafters kündigt (§ 725). Vgl. Planck Anm. 1, Fischer-Henle Anm. 1 zu § 736, Dernburg II § 362 II, Cosack II § 269 I, b, Knoke S. 127 Anm. 8. A. M. Staub Anm. 72 Exkurs zu § 342, vgl. auch S. Goldmann No. 3 zu § 138 HGB. Der Anspruch des Gläubigers bestimmt sich nach den §§ 738 ff.

[6]) Siehe oben § 193 unter II, f S. 734.

[7]) Gegenüber einem pfändenden Gläubiger (Anm. 5) ist die Vereinbarung nach der Pfändung des Antheils nicht mehr zulässig. Vgl. dagegen HGB. § 141.

[8]) Die §§ 738 ff. finden nicht Anwendung, vielmehr haben der Kündigende, die Erben des Verstorbenen und der Konkursverwalter des im Konkurse befindlichen Gesellschafters Anspruch auf Auseinandersetzung gemäß den §§ 730 ff. Vgl. S. Goldmann No. 1 zu § 138 HGB.

[9]) Vgl. Oertmann Anm. 1, Neumann Anm. 1 zu § 736, Staub Exkurs zu § 342 HGB. Anm. 71, S. Goldmann No. 4 zu § 138 HGB.

[10]) Die Vorschrift des § 736 ist von besonderer Wichtigkeit für die nicht rechtsfähigen Vereine. Siehe hierüber oben § 22 unter 6 S. 104.

[11]) Vgl. E. I § 657. Nach dem Gesetze soll der Gesellschafter „bei dem Eintritt eines solchen Ereignisses" ausscheiden. Es ist aber zu beachten, daß bei Vereinbarung einer Kündigungsfrist der kündigende Gesellschafter erst mit dem Ablaufe der Frist, nicht schon mit der Kündigung ausscheidet.

[12]) Ueber § 723 Abs. 1 S. 2 siehe oben § 199 unter I, 1 S. 770. Ein Verschulden ist nicht Voraussetzung für die Ausschließung. Knoke S. 127, Planck Anm. zu § 737.

schließenden Gesellschafter[13]) auf Grund eines von allen übrigen Gesellschaftern gemeinschaftlich, also einstimmig zu fassenden Beschlusses[14]). Die Ausschließung hat die Wirkung, daß der Ausgeschlossene in dem Zeitpunkt, in welchem ihm die Ausschließungserklärung zugeht, aus der Gesellschaft ausscheidet, diese aber unter den übrigen Gesellschaftern bestehen bleibt.

§§ 738—740. 3. Das Ausscheiden eines Gesellschafters (§§ 736, 737) hat die Wirkung, daß sein Antheil am Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern zuwächst (§ 738 Abs. 1 S. 1)[15]). Im Zeitpunkte des Ausscheidens geht kraft Gesetzes der Antheil des Ausscheidenden auf die übrigen Gesellschafter über, so daß nunmehr alle zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstände ausschließlich gemeinschaftliches Eigenthum der übrigen Gesellschafter sind (§ 718), auf welche auch die Antheile des Ausgeschiedenen an den einzelnen Gegenständen (§ 717 Abs. 1) kraft Gesetzes übergegangen sind. Einer rechtsgeschäftlichen Uebertragung auf die übrigen Gesellsellschafter bedarf es deshalb nicht[16]). Da die Gesellschaft bestehen bleibt, so kann auch eine Auseinandersetzung gemäß den §§ 730 ff. nicht in Frage kommen. Die Auseinandersetzung zwischen der fortbestehenden Gesellschaft und dem ausscheidenden Gesellschafter erfolgt vielmehr in der Weise, daß die übrigen Gesellschafter zunächst verpflichtet sind, dem Ausscheidenden die von ihm der Gesellschaft zur Benutzung überlassenen Gegenstände nach Maßgabe des § 732 zurückzugeben[17]) und ihn von den gemeinschaftlichen Schulden[18]) zu

---

[13]) Nicht wie nach § 140 HGB. durch gerichtliches Urtheil. Im Falle des § 737 hat ein Urtheil über die Ausschließung nur deklaratorische Wirkung.

[14]) Die Ausschließung kann weder durch die Geschäftsführer erfolgen noch auf Grund eines Mehrheitsbeschlusses. Beides folgt daraus, daß sie kein Akt der Geschäftsführung ist (siehe oben § 195 unter 1 S. 743). Deshalb findet auch § 709 Abs. 2 nicht Anwendung. Wie hier Planck Anm. zu § 737, Knoke S. 128. Vgl. S. Goldmann No. 2 zu § 141 HGB. A. M. Staub Anm. 1 zu § 141.

[15]) Siehe hierzu Prot. II S. 445 ff., Nagler im Sächs. Arch. Bd. 10 S. 740 ff.

[16]) Handelt es sich um Rechte, die für die Gesellschafter in das Grundbuch eingetragen sind, so wird das Grundbuch mit dem Ausscheiden eines Gesellschafters unrichtig (§§ 894 ff.). Danach ist im Falle des gemeinschaftlichen Eigenthums der Gesellschafter an einem Grundstück beim Ausscheiden eines Gesellschafters nicht eine Auflassung, sondern nur eine Berichtigung des Grundbuchs erforderlich. — Wenn die Gesellschaft nur aus zwei Personen besteht, so ist ein Ausscheiden eines Gesellschafters im Sinne des § 738 nicht möglich (siehe bei Anm. 9). § 738 bezieht sich ausschließlich auf die Fälle der §§ 736, 737, in denen die Gesellschaft beim Ausscheiden eines Gesellschafters fortbesteht. Nur für diese Fälle schreibt § 738 vor, daß der Antheil des Ausscheidenden den übrigen Gesellschaftern zuwachsen soll. Wird dagegen, wie dies beim Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer nur aus zwei Personen bestehenden Gesellschaft nothwendig der Fall ist, die Gesellschaft aufgelöst, so kann von einem Zuwachsen des Antheils des Ausscheidenden nicht die Rede sein. Uebernimmt in diesem Falle ein Gesellschafter das Gesellschaftsgrundstück, so ist zur Uebertragung des Alleineigenthums auf ihn Auflassung erforderlich. Ebenso Jahrbuch der Entscheid. des Kammerger. Bd. 22 D. S. 24, Bd. 24 A S. 109, Bd. 25 A S. 80. Die entgegengesetzte Ansicht des Oberverwaltungsgerichts (Entscheid. Bd. 41 S. 79 ff., vgl. für das frühere Recht RG. Bd. 25 S. 252 ff.) erscheint unbegründet. Auf § 738 kann sie jedenfalls nicht gestützt werden. Staub Anm. 2 und S. Goldmann No. 15 zu § 142 HGB. nehmen für den Fall des § 142 auf Grund des Abs. 3 dieses § an, daß hier § 738 Abs. 1 S. 1 Anwendung findet. Für die Gesellschaft des BGB. ist eine dem § 142 HGB. entsprechende Vorschrift nicht gegeben.

[17]) Siehe oben § 199 unter II, 3 S. 776.

[18]) Der Ausscheidende haftet für die bis zum Zeitpunkte seines Ausscheidens begründeten, nicht aber für später eingegangene gemeinschaftliche Verbindlichkeiten der Gesellschafter. Soweit er haftet, wird den Gläubigern gegenüber seine Haftung durch das Ausscheiden nicht berührt. Deshalb ist den übrigen Gesellschaftern die Verpflichtung auferlegt, ihn von seiner Mithaftung zu befreien. — Aus Prozessen, die für die Gesellschafter beim Ausscheiden anhängig sind, scheidet der Ausscheidende aus, da er nicht mehr berechtigt ist

befreien [19]). Im übrigen hat der Ausscheidende nicht einen Anspruch auf Theilung, sondern nur auf Zahlung desjenigen Betrags, den er bei der Auseinandersetzung erhalten würde, wenn die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens [20]) aufgelöst worden wäre. Behufs Feststellung dieses Anspruchs ist der Werth des Gesellschaftsvermögens, soweit erforderlich, im Wege der Schätzung zu ermitteln (§ 738 Abs. 2) [21]). Wenn sich bei den zur Feststellung des Anspruchs vorgenommenen Ermittelungen ergiebt, daß der Werth des Gesellschaftsvermögens zur Deckung der gemeinschaftlichen Schulden und der Einlagen (vgl. §§ 738 Abs. 1 S. 2, 733 Abs. 1 u. 2) nicht ausreicht, so hat der Ausscheidende seinerseits den übrigen Gesellschaftern für den Fehlbetrag nach dem Verhältnisse seines Antheils am Verlust aufzukommen (§ 739). [22]) An den Geschäften der Gesellschaft, welche zur Zeit seines Ausscheidens noch schweben, bleibt der Ausscheidende betheiligt. Er nimmt an dem Gewinn und an dem Verluste Theil, welchen sie ergeben (§ 740 Abs. 1 S. 1) [23]). Am Schlusse eines jeden Geschäftsjahrs kann er Rechenschaft über die inzwischen beendigten Geschäfte, Auszahlung des ihm gebührenden Betrags und Auskunft über den Stand der noch schwebenden Geschäfte verlangen (§ 740 Abs. 2). [24]) Auf die Geschäftsführung selbst hat er keinen Einfluß mehr, da er nicht mehr Gesellschafter ist. Die übrigen Gesellschafter sind berechtigt, die schwebenden Geschäfte so zu

---

und ein Fall der Veräußerung (CPO. § 265) nicht vorliegt. Prozesse, die gegen die Gesellschafter anhängig sind, werden gegen alle, auch den Ausgeschiedenen, weiter geführt. Soweit es sich nur um Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen handelt, ist allerdings die Fortführung gegen den Ausgeschiedenen nicht mehr erforderlich (CPO. § 736). Knoke S. 129. Eine Befugniß des Geschäftsführers, den Ausgeschiedenen zu vertreten, besteht nicht mehr. Aber eine Unterbrechung des Verfahrens, wie Knoke a. a. O. annimmt, tritt dadurch nicht ein, da der Geschäftsführer kein gesetzlicher Vertreter ist (siehe oben § 198 unter V S. 769).

[19]) Der Ausscheidende kann nicht Berichtigung der Schulden, sondern nur Befreiung verlangen. Sind gemeinschaftliche Schulden noch nicht fällig, so können die übrigen Gesellschafter dem Ausscheidenden, statt ihn zu befreien, Sicherheit leisten (§ 738 Abs. 1 S. 3). Es handelt sich hier um ein Recht, nicht um eine Pflicht der übrigen Gesellschafter. Bei streitigen Forderungen ist ihnen dies Recht nicht eingeräumt. Verlangt der Ausgeschiedene Befreiung, so muß er beweisen, daß die Forderung besteht. Wird der Nachweis geführt, so hat er einen Anspruch auf Befreiung, nicht nur auf Sicherheitsleistung. Abweichend Dernburg II § 362 Anm. 1, Planck Anm. zu § 378, Knoke S. 129 Anm. 16. Cosack II § 269 bei Anm. 7 spricht von einem Rechte des Ausgeschiedenen auf Sicherheitsleistung. — Mußte der Ausgeschiedene Zahlung an den Gläubiger leisten, so kann er Ersatz von den Gesellschaftern verlangen. Sein Anspruch bildet dann eine Gesellschaftsschuld. Vgl. S. Goldmann No. 17 zu § 138 HGB.

[20]) Nach § 140 Abs. 2 HGB. ist der Zeitpunkt maßgebend, in welchem die Klage auf Ausschließung erhoben ist. (Siehe Anm. 13.)

[21]) Auf einen Verkauf irgend welcher Gegenstände hat also der Ausscheidende keinen Anspruch. Vgl. Neumann Anm. 5 zu § 738, Oertmann Anm. 1 c zu § 758. Ueber die Schätzung vgl. Staub Exkurs zu § 141 HGB. Anm. 5, S. Goldmann No. 19—21 zu § 138 HGB.

[22]) Vgl. S. Goldmann No. 24 zu § 138 HGB. Ein dem § 735 S. 2 entsprechende Vorschrift ist für den Fall des § 739 nicht gegeben. Scheiden mehrere Gesellschafter aus und kann von einem sein Antheil am Fehlbetrage nicht erlangt werden, so trifft der Verlust die übrigen Gesellschafter. Der gleichzeitig Ausgeschiedene hat für den Ausfall nicht aufzukommen. So zutreffend Cosack II § 269 I, 2, b, Fischer-Henle Anm. 1 zu § 739.

[23]) Dies gilt nur für das Verhältniß des Ausgeschiedenen zu den übrigen Gesellschaftern, nicht zu den Gläubigern. Diesen gegenüber kommt es ausschließlich darauf an, ob die Schuld im Zeitpunkte des Ausscheidens schon bestand. Siehe Anm. 18 und RG. in der J. W. 1902 S. 445 Nr. 10.

[24]) Nicht aber Einsicht der Bücher. Vergl. Oertmann Anm. 1 zu § 740, Planck Anm. zu § 740, S. Goldmann No. 33 zu § 138 HGB.

beendigen, wie es ihnen am vortheilhaftesten erscheint (§§ 740 Abs. 1 S. 2, 708).[25])

§ 201. Das Wesen der Gesellschaft.[1]) Anwendungsgebiet der Vorschriften des BGB. über die Gesellschaft.

I. Während den Vorschriften des ersten Entwurfs des BGB. über die Gesellschaft die gemeinrechtliche Auffassung vom Begriff und Wesen der Sozietät zu Grunde lag,[2]) sollte nach einem Beschlusse der zweiten Kommission an die Stelle dieser Auffassung die Regelung des Gesellschaftsverhältnisses nach dem Prinzipe der gesammten Hand treten. Das Gesetz selbst sagt nicht, daß die Gesellschaft eine Gemeinschaft zur gesammten Hand sei,[3]) es enthält auch keine Bestimmung darüber, was unter einer solchen Gemeinschaft zu verstehen sei.[4]) Vielmehr sind nur unter Zugrundelegung des Prinzips der gesammten Hand diejenigen Bestimmungen in das Gesetz aufgenommen worden, welche nach der Ansicht der Verfasser des Gesetzes den Vorzug verdienten,[5]) ohne daß man sich dabei an eine bestimmte Auffassung der gesammthänderischen Gemeinschaft hielt. Bei dieser Sachlage erscheint es nicht zulässig, die rechtliche Natur der Gesellschaft des BGB. aus einer bestimmten Theorie der Gemeinschaft zur gesammten Hand zu erklären und dann aus dieser Erklärung weitgehende praktische Folgerungen zu ziehen. Vielmehr kann das Wesen der Gesellschaft nur aus den einzelnen Vorschriften, welche das Gesetz selbst getroffen hat, bestimmt werden.[6])

---

[25]) Die Vorschriften der §§ 738—740 sind ergänzender Natur. Im Gesellschaftsvertrage kann insbesondere auch vereinbart werden, daß beim Ausscheiden eines Gesellschafters ein Zuwachsen seines Antheils nicht stattfinden soll. Es kann auch für diesen Fall eine andere Art der Auseinandersetzung verabredet werden. Ebenso Oertmann Anm. 4, Neumann Anm. 6, Planck Anm. zu § 738, Knoke, S. 131, S. Goldmann No. 7 zu § 138 HGB.; a. M. Cosack II § 269 I, 2c für § 738 Abs. 1 S. 1. Wirksam ist auch die Abrede, daß der Ausscheidende gar keinen Anspruch haben soll. Siehe oben § 22 Anm. 44 S. 104.

[1]) Vergl. hierzu M. II S. 591, 615 ff., Prot. II S. 428 ff., V. S 835 ff., D. S. 130 ff., Gierke, Deutsches Privatrecht II § 80, Nagler, Die gesammte Hand im Gesellschaftsrechte (Sächs. Arch. Bd. 10 S. 695 ff.), Jörges, Zur Lehre vom Miteigenthum und der gesammten Hand nach deutschem Reichsrecht (Zeitschr. für Handelsr. Bd. 49 S. 140 ff.), Planck Vorbem. II, 1 vor §§ 705 ff, Oertmann Vorbem. 3 vor §§ 705 ff., Cosack II § 266 I. Knoke S. 9, S. 22 ff.

[2]) Vergl. E. I §§ 629 ff. Charakteristisch für die gemeinrechtliche Sozietät ist, daß ein Gesellschaftsvermögen nicht vorhanden ist, daß jeder Gesellschafter über seinen Antheil an den einzelnen gemeinschaftlichen Gegenständen verfügen kann und daß auch die Gläubiger Zwangsvollstreckung in diesen Antheil vernehmen können. Nach E. I § 645 Abs. 1 sollten die Gesellschafter nur obligatorisch gegen einander verpflichtet sein, sich der Verfügung über ihre Antheile zu enthalten.

[3]) Etwa wie § 741 bestimmt, daß jede Gemeinschaft, sofern sich nicht aus dem Gesetz ein Anderes ergiebt, eine Gemeinschaft nach Bruchtheilen sei.

[4]) In der zweiten Kommission war man hierüber keineswegs einig. Vergl. Prot. II S. 429 ff.

[5]) Prot. II S. 430.

[6]) Zutreffend sagt Jörges a. a. O. S. 164 ff.: „Das neue bürgerliche Recht involviert den Friedensschluß in dem etwa ein halbes Jahrtausend alten Kampfe des römischen und deutschen Rechtes; in ihm sind die nach der Ansicht der Zeit lebensfähigsten römischen und deutschen Rechtsgedanken zu einer neuen Einheit, zu einem selbständigen Organismus verschmolzen. Aus dieser Thatsache, daß wir hier einem neuen geschlossenen Rechtssystem gegenüberstehen, erwächst für den Dogmatiker doch die Aufgabe, dieses System aus sich selbst heraus zu analysieren und auf seine Elemente zu reduzieren, wenn auch unter stetiger Berücksichtigung seiner historischen Grundlagen."

1. Schon aus der Stellung der Vorschriften über die Gesellschaft im Systeme des BGB. ergiebt sich die Richtigkeit des an die Spitze gestellten Satzes,[7]) daß die Gesellschaft ein Rechtsverhältniß, kein Rechtssubjekt ist. Das BGB. kennt als Rechtssubjekt nur die natürlichen und die juristischen Personen und als letztere nur die Vereine und die Stiftungen.[8]) Die Gesellschaft ist eines der im siebenten Abschnitte des zweiten Buches behandelten Schuldverhältnisse; sie ist keine personenrechtliche Gemeinschaft, Rechtsfähigkeit ist ihr nirgends beigelegt.[9])

2. Wenn auch die Gesellschaft an sich nach dem BGB. nur ein rein obligatorisches Verhältniß ist, so beruht dieses doch in ganz besonderem Maaße auf dem persönlichen Vertrauen der Gesellschafter zu einander. Demgemäß begründet der Gesellschaftsvertrag ein engeres persönliches Verhältniß unter den Gesellschaftern, das eine Bindung der einzelnen Gesellschafter zu Gunsten der übrigen und zur Erreichung des Gesellschaftszwecks zur Folge hat.[10]) Diese Bindung tritt unmittelbar mit dem Abschlusse des Gesellschaftsvertrags ein, sie hat aber keine sachenrechtliche Wirkung, sondern erschöpft sich in einer Verfügungsbeschränkung des einzelnen Gesellschafters (§ 719), einem gesetzlichen Veräußerungsverbot im Sinne des § 135, welches jedem Gesellschafter im Interesse der übrigen auferlegt ist[11]). Dieser Verfügungsbeschränkung über seinen Antheil am Gesellschaftsvermögen und an den einzelnen dazu gehörigen Gegenständen wird jeder Gesellschafter mit der Errichtung der Gesellschaft unterworfen. Dagegen wird nicht jede nach dem Gesellschaftsvertrage dem Gesellschaftszwecke gewidmete, von einem Gesellschafter beizutragende Sache mit dem Vertragsschlusse gemeinschaftliches Eigenthum der Gesellschafter. Vielmehr hat die Bindung der Gesellschafter nur zur Folge, daß diese Sachen, wenn sie durch die Einbringung gemeinschaftliches Eigenthum der Gesellschafter werden[12]), gleichfalls der Verfügungsbeschränkung des § 719 unterliegen[13]).

3. Daraus, daß die Gesellschaft keine Rechtsfähigkeit besitzt, folgt, daß sie als solche kein Vermögen haben kann, daß vielmehr Träger des Vermögens die einzelnen Gesellschafter sind und daß das Recht an den einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen den Gesellschaftern zusteht. Ein anderer

---

[7]) § 193, I, 1 S. 727.

[8]) Siehe oben § 10 S. 35 ff., § 15 S. 47 ff., § 24 Anm. 2 S. 114.

[9]) Gierke (Deutsches Privatrecht) behandelt die Gemeinschaften zur gesammten Hand als einen Theil des Personenrechts. Er unterscheidet Einzelpersönlichkeit, Verbandspersönlichkeit und personenrechtliche Gemeinschaften. Auch die letzteren seien kraft der gesammten Hand rechtsfähig und demgemäß im Prozesse parteifähig (I § 90 S. 682, siehe auch oben § 22 Anm. 42 S. 103). Hiergegen in Ansehung der Gesellschaften des BGB. z. B. Nagler a. a. O. S. 720 ff., Jörges a. a. O. S. 181.

[10]) Nagler a. a. O. S. 724 meint, daß das Gesellschaftsverhältniß mit einem personenrechtlichen Elemente durchsetzt ist, das aus den mehreren Individuen eine Summe von Personen werden läßt, die, durch die Zweckgemeinschaft vinkuliert, gewissermaßen mit verschlungenen Händen daherschreiten. Mag man dementsprechend auch im Sinne des BGB. von Gemeinschaft, Vermögen, Eigenthum zur gesammten Hand sprechen, so darf man doch aus einer solchen Bezeichnung weder nach der personenrechtlichen noch nach der sachenrechtlichen Seite Folgerungen ziehen, welche das Gesetz selbst nicht gezogen hat.

[11]) So zutreffend Nagler a. a. O. S. 724 ff.

[12]) Siehe hierzu oben § 197 unter 3 S. 757.

[13]) Insofern kann man mit Jörges a. a. O. S. 186 sagen: „Das gebundene Miteigenthum erscheint überall als sachenrechtliche Rückwirkung eines engeren persönlichen Verhältnisses.“ Nagler a. a. O. S. 724 ff.: „Die Bindung steigt nur durch die Wirkung der Fesselung der Subjekte in das Reich des Sachenrechts hinab.“

beendigen, wie es ihnen am vortheilhaftesten erscheint (§§ 740 Abs. 1 S. 2, 708).[25])

§ 201. Das Wesen der Gesellschaft.[1]) Anwendungsgebiet der Vorschriften des BGB. über die Gesellschaft.

I. Während den Vorschriften des ersten Entwurfs des BGB. über die Gesellschaft die gemeinrechtliche Auffassung vom Begriff und Wesen der Sozietät zu Grunde lag,[2]) sollte nach einem Beschlusse der zweiten Kommission an die Stelle dieser Auffassung die Regelung des Gesellschaftsverhältnisses nach dem Prinzipe der gesammten Hand treten. Das Gesetz selbst sagt nicht, daß die Gesellschaft eine Gemeinschaft zur gesammten Hand sei,[3]) es enthält auch keine Bestimmung darüber, was unter einer solchen Gemeinschaft zu verstehen sei.[4]) Vielmehr sind nur unter Zugrundelegung des Prinzips der gesammten Hand diejenigen Bestimmungen in das Gesetz aufgenommen worden, welche nach der Ansicht der Verfasser des Gesetzes den Vorzug verdienten,[5]) ohne daß man sich dabei an eine bestimmte Auffassung der gesammthänderischen Gemeinschaft hielt. Bei dieser Sachlage erscheint es nicht zulässig, die rechtliche Natur der Gesellschaft des BGB. aus einer bestimmten Theorie der Gemeinschaft zur gesammten Hand zu erklären und dann aus dieser Erklärung weitgehende praktische Folgerungen zu ziehen. Vielmehr kann das Wesen der Gesellschaft nur aus den einzelnen Vorschriften, welche das Gesetz selbst getroffen hat, bestimmt werden.[6])

---

[25]) Die Vorschriften der §§ 738–740 sind ergänzender Natur. Im Gesellschaftsvertrage kann insbesondere auch vereinbart werden, daß beim Ausscheiden eines Gesellschafters ein Zuwachsen seines Antheils nicht stattfinden soll. Es kann auch für diesen Fall eine andere Art der Auseinandersetzung verabredet werden. Ebenso Oertmann Anm. 4, Neumann Anm. 6, Planck Anm. zu § 738, Knoke, S. 131, S. Goldmann No. 7 zu § 138 HGB.; a. M. Cosack II § 269 I, 2c für § 738 Abs. 1 S. 1. Wirksam ist auch die Abrede, daß der Ausscheidende gar keinen Anspruch haben soll. Siehe oben § 22 Anm. 44 S. 104.

[1]) Vergl. hierzu M. II S. 591, 615 ff., Prot. II S. 428 ff., V. S 835 ff., D. S. 130 ff., Gierke, Deutsches Privatrecht II § 80, Nagler, Die gesammte Hand im Gesellschaftsrechte (Sächs. Arch. Bd. 10 S. 695 ff.), Jörges, Zur Lehre vom Miteigenthum und der gesammten Hand nach deutschem Reichsrecht (Zeitschr. für Handelsr. Bd. 49 S. 140 ff.), Planck Vorbem. II, 1 vor §§ 705 ff., Oertmann Vorbem. 3 vor §§ 705 ff., Cosack II § 266 I, Knoke S. 9, S. 22 ff.

[2]) Vergl. E. I §§ 629 ff. Charakteristisch für die gemeinrechtliche Sozietät ist, daß ein Gesellschaftsvermögen nicht vorhanden ist, daß jeder Gesellschafter über seinen Antheil an den einzelnen gemeinschaftlichen Gegenständen verfügen kann und daß auch die Gläubiger Zwangsvollstreckung in diesen Antheil vernehmen können. Nach E. I § 645 Abs. 1 sollten die Gesellschafter nur obligatorisch gegen einander verpflichtet sein, sich der Verfügung über ihre Antheile zu enthalten.

[3]) Etwa wie § 741 bestimmt, daß jede Gemeinschaft, sofern sich nicht aus dem Gesetz ein Anderes ergiebt, eine Gemeinschaft nach Bruchtheilen sei.

[4]) In der zweiten Kommission war man hierüber keineswegs einig. Vergl. Prot. II S. 429 ff.

[5]) Prot. II S. 430.

[6]) Zutreffend sagt Jörges a. a. O. S. 164 ff.: „Das neue bürgerliche Recht involviert den Friedensschluß in dem etwa ein halbes Jahrtausend alten Kampfe des römischen und deutschen Rechtes; in ihm sind die nach der Ansicht der Zeit lebensfähigsten römischen und deutschen Rechtsgedanken zu einer neuen Einheit, zu einem selbständigen Organismus verschmolzen. Aus dieser Thatsache, daß wir hier einem neuen geschlossenen Rechtssystem gegenüberstehen, erwächst für den Dogmatiker doch die Aufgabe, dieses System aus sich selbst heraus zu analysieren und auf seine Elemente zu reduzieren, wenn auch unter steiger Berücksichtigung seiner historischen Grundlagen.“

1. Schon aus der Stellung der Vorschriften über die Gesellschaft im Systeme des BGB. ergiebt sich die Richtigkeit des an die Spitze gestellten Satzes,[7]) daß die Gesellschaft ein Rechtsverhältniß, kein Rechtssubjekt ist. Das BGB. kennt als Rechtssubjekt nur die natürlichen und die juristischen Personen und als letztere nur die Vereine und die Stiftungen.[8]) Die Gesellschaft ist eines der im siebenten Abschnitte des zweiten Buches behandelten Schuldverhältnisse; sie ist keine personenrechtliche Gemeinschaft, Rechtsfähigkeit ist ihr nirgends beigelegt.[9])

2. Wenn auch die Gesellschaft an sich nach dem BGB. nur ein rein obligatorisches Verhältniß ist, so beruht dieses doch in ganz besonderem Maaße auf dem persönlichen Vertrauen der Gesellschafter zu einander. Demgemäß begründet der Gesellschaftsvertrag ein engeres persönliches Verhältniß unter den Gesellschaftern, das eine Bindung der einzelnen Gesellschafter zu Gunsten der übrigen und zur Erreichung des Gesellschaftszwecks zur Folge hat.[10]) Diese Bindung tritt unmittelbar mit dem Abschlusse des Gesellschaftsvertrags ein, sie hat aber keine sachenrechtliche Wirkung, sondern erschöpft sich in einer Verfügungsbeschränkung des einzelnen Gesellschafters (§ 719), einem gesetzlichen Veräußerungsverbot im Sinne des § 135, welches jedem Gesellschafter im Interesse der übrigen auferlegt ist[11]). Dieser Verfügungsbeschränkung über seinen Antheil am Gesellschaftsvermögen und an den einzelnen dazu gehörigen Gegenständen wird jeder Gesellschafter mit der Errichtung der Gesellschaft unterworfen. Dagegen wird nicht jede nach dem Gesellschaftsvertrage dem Gesellschaftszwecke gewidmete, von einem Gesellschafter beizutragende Sache mit dem Vertragsschlusse gemeinschaftliches Eigenthum der Gesellschafter. Vielmehr hat die Bindung der Gesellschafter nur zur Folge, daß diese Sachen, wenn sie durch die Einbringung gemeinschaftliches Eigenthum der Gesellschafter werden[12]), gleichfalls der Verfügungsbeschränkung des § 719 unterliegen[13]).

3. Daraus, daß die Gesellschaft keine Rechtsfähigkeit besitzt, folgt, daß sie als solche kein Vermögen haben kann, daß vielmehr Träger des Vermögens die einzelnen Gesellschafter sind und daß das Recht an den einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen den Gesellschaftern zusteht. Ein anderer

---

[7]) § 193, I, 1 S. 727.

[8]) Siehe oben § 10 S. 35 ff., § 15 S. 47 ff., § 24 Anm. 2 S. 114.

[9]) Gierke (Deutsches Privatrecht) behandelt die Gemeinschaften zur gesammten Hand als einen Theil des Personenrechts. Er unterscheidet Einzelpersönlichkeit, Verbandspersönlichkeit und personenrechtliche Gemeinschaften. Auch die letzteren seien kraft der gesammten Hand rechtsfähig und demgemäß im Prozesse parteifähig (I § 90 S. 682, siehe auch oben § 22 Anm. 42 S. 103). Hiergegen in Ansehung der Gesellschaften des BGB. z. B. Nagler a. a. O. S. 720 ff., Jörges a. a. O. S. 181.

[10]) Nagler a. a. O. S. 724 meint, daß das Gesellschaftsverhältniß mit einem personenrechtlichen Elemente durchsetzt ist, das aus den mehreren Individuen eine Summe von Personen werden läßt, die, durch die Zweckgemeinschaft vinkuliert, gewissermaßen mit verschlungenen Händen daherschreiten. Mag man dementsprechend auch im Sinne des BGB. von Gemeinschaft, Vermögen, Eigenthum zur gesammten Hand sprechen, so darf man doch aus einer solchen Bezeichnung weder nach der personenrechtlichen noch nach der sachenrechtlichen Seite Folgerungen ziehen, welche das Gesetz selbst nicht gezogen hat.

[11]) So zutreffend Nagler a. a. O. S. 724 ff.

[12]) Siehe hierzu oben § 197 unter 3 S. 757.

[13]) Insofern kann man mit Jörges a. a. O. S. 186 sagen: „Das gebundene Miteigenthum erscheint überall als sachenrechtliche Rückwirkung eines engeren persönlichen Verhältnisses.“ Nagler a. a. O. S. 724 ff.: „Die Bindung steigt nur durch die Wirkung der Fesselung der Subjekte in das Reich des Sachenrechts hinab.“

Berechtigter ist nicht vorhanden[14]). — Daraus, daß der Bindung der Gesellschafter eine andere sachenrechtliche Wirkung vom Gesetze nicht beigelegt ist, ergiebt sich, daß das gemeinschaftliche Eigenthum der Gesellschafter ein Eigenthum nach Bruchtheilen ist. Das Miteigenthum jedes Einzelnen ist aber den aus der Bindung der Gesellschafter sich ergebenden Beschränkungen unterworfen; die Vorschriften über die Gemeinschaft nach Bruchtheilen finden nicht Anwendung, soweit sich aus den Vorschriften über die Gesellschaft ein Anderes ergiebt (§ 741)[15]). Es folgt aber aus der Bestimmung des § 742, daß die Antheile der Gesellschafter sowohl an dem Gesellschaftsvermögen wie an den einzelnen dazu gehörigen Sachen im Zweifel gleiche sind[16]). Dasselbe gilt von jeder anderen gemeinschaftlichen Berechtigung der Gesellschafter.

4. Aus den vorstehenden Ausführungen ergiebt sich noch die Beantwortung einiger Fragen von praktischer Bedeutung.

a) Wenn die Gesellschafter ein Grundstück, dessen Eigenthum ihnen zu gleichen Antheilen zusteht, in die nur aus ihnen bestehende Gesellschaft einbringen, so bedarf es für die Einbringung keiner Auflassung des Grundstücks[17]). Dieselben Personen bleiben Eigenthümer derselben Sache zu denselben Antheilen, es ändert sich nur ihre Verfügungsbefugniß. Eine Uebertragung des Eigenthums (§ 873 Abs. 1) kommt hier nicht in Betracht. Es ist nur einzutragen, daß den bisherigen Miteigenthümern das Eigenthum nunmehr als Gesellschaftern zusteht (GBO. § 48). Ebensowenig bedarf es einer Auflassung, wenn bei Auflösung der Gesellschaft auf Grund einer Vereinbarung das Grundstück schlichtes Miteigenthum der Gesellschafter zu gleichen Theilen wird.

b) In eine bereits bestehende Gesellschaft können neue Gesellschafter in der Art eintreten, daß die bisherige Gesellschaft mit ihnen fortgesetzt wird[18]). Die Aufnahme erfolgt durch Abschluß eines Vertrags der bisherigen Mitglieder[19]) mit dem neuen Mitgliede. Durch den Abschluß des Vertrags wird der neue Gesellschafter der gesellschaftlichen Bindung unterworfen. Dagegen wird er, ebensowenig wie dies *bei der Errichtung* der Gesellschaft der Fall ist, durch den bloßen Vertragschluß noch nicht Berechtigter der zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Gegenstände, vielmehr ist die Uebertragung jedes einzelnen Gegenstandes zur Mitberechtigung erforderlich[20]). Ein Abwachsen von Antheilen der Antheile der bisherigen Gesellschafter und ein Zuwachsen des auf diese Weise gebildeten neuen Antheils an den neuen Gesellschafter, ähnlich dem Zuwachsen

---

[14]) Siehe oben § 197 unter 4 S. 758 ff.

[15]) Danach ist thatsächlich die Anwendung der meisten Vorschriften der §§ 741 ff. ausgeschlossen.

[16]) Vergl. Nagler a. a. O. S. 723 und dagegen Knoke S. 92 ff. und die Literaturangaben S. 94 Anm. 9.

[17]) Siehe oben § 197 unter 3 S. 757. Ebenso, zum Theil unter anderer Begründung, RG. Bd. 30 S. 152, Gruchot Bd. 27 S. 1153, Bd. 38 S. 1065. A. M. das Kammergericht in Johow und Küntzel Jahrbuch Bd. 6 S. 65, Bd. 8 S. 63, S. 138, Bd. 13 S. 229 ff., Bd. 17 S. 44 ff. Vgl. Oberneck (2. Auflage) § 63 S. 320 ff., Staub, Exkurs zu § 122 Anm. 10.

[18]) Vgl. hierzu Knoke, der Eintritt eines neuen Gesellschafters in die Gesellschaft nach dem BGB., Arch. für bürgerl. Recht Bd. 20 H. 170 ff.

[19]) Nicht der Geschäftsführer, da es sich nicht um einen Akt der Geschäftsführung handelt. Siehe oben § 195 unter 1 S. 742. Der Eintritt eines neuen Gesellschafters durch Veräußerung des Antheils eines Gesellschafters ist nach § 719 Abs. 1 unzulässig.

[20]) Ebenso Planck Anm. 2 zu § 736, Cosack II § 269 II, 1 und 2, Staub Exkurs zu § 342 Anm. 74. A. M. Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit (2. Aufl.) S. 24 ff., Knoke a. a. O. S. 179, Jörges a. a. O. S. 212 ff., 214, Nagler a. a. O. S. 742 ff.

beim Ausscheiden eines Gesellschafters an die übrigen Gesellschafter, kennt das Gesetz nicht[21]).

II. Die Vorschriften des BGB. über die Gesellschaften sind in ihrer Anwendung nicht auf diese, die Gesellschaften des bürgerlichen Rechtes, beschränkt. Sie gelten vor allem auch für die nicht rechtsfähigen Vereine, auf welche nach § 54 die Vorschriften über die Gesellschaft Anwendung finden[22]). Das Gleiche gilt auch für die nicht anerkannten ausländischen Vereine der im Art. 10 S. 1 EG. bezeichneten Art (Art. 10 S. 2). Von besonderer Bedeutung sind die §§ 705 ff. aber auch für die Handelsgesellschaften. Auf die offene Handelsgesellschaft finden, soweit nicht das HGB. selbst ein Anderes vorschreibt, gleichfalls die Vorschriften des BGB. über die Gesellschaften Anwendung (HGB. § 105 Abs. 2, vgl. § 161 Abs. 2). Die von dem alten HGB. in den Artt. 266 ff. geregelten, dem neuen HGB. unbekannten Gelegenheitsgesellschaften unterstehen nunmehr als Gesellschaften des bürgerlichen Rechtes unmittelbar den §§ 705 ff.[23]).

Siebenundzwanzigster Titel.

Gemeinschaft.

§ 202. Begriff der Gemeinschaft. Anwendungsgebiet der Vorschriften des BGB. über die Gemeinschaft.

I. Gemeinschaft ist das Rechtsverhältniß, welches dadurch entsteht, daß ein Recht Mehreren gemeinschaftlich zusteht (vergl. § 741).[1])

1. Die Gemeinschaft ist das Rechtsverhältniß zwischen denjenigen, welchen das Recht gemeinschaftlich zusteht. Welcher Art auch das gemeinschaftliche Recht sei[2]), immer ergeben sich aus der Gemeinschaftlichkeit des Rechtes gewisse rechtliche Beziehungen der Theilhaber unter einander. Diese Beziehungen bilden das Rechtsverhältniß der Gemeinschaft.[3])

---

[21]) Im übrigen ist der Eintritt neuer Gesellschafter bereits bei den nicht rechtsfähigen Vereinen behandelt. Es kann daher auf § 22 unter 4 c S. 98, besonders Anm. 19 und 20, und bezüglich der Schuldenhaftung des neuen Mitglieds auf ebenda Anm. 37 S. 102 Bezug genommen werden. Vgl. auch Gierke a. a. O. S. 41 Anm. 73.

[22]) Siehe hierüber oben § 22 S. 95 ff.

[23]) Vgl. Staub Exkurs zu § 342 A., Dernburg II § 356 Anm. 4. — Gesellschaften des bürgerlichen Rechtes sind z. B. auch die Aktiengesellschaften und Gesellschaften m. b. H. zwischen dem Abschlusse des Gesellschaftsvertrags und der Eintragung. Vgl. Pinner, das deutsche Aktienrecht Anm. II, 1 zu § 187, Anm. II zu § 188, Staub Anm. 3 zu § 188 HGB., Anm. 2 zu § 11 des Ges. betr. die Ges. m. b. H.

[1]) Aus dem Inhalte des § 741 ergiebt sich, daß an sich eine Gemeinschaft in allen Fällen vorliegt, in denen ein Recht Mehreren gemeinschaftlich zusteht, mag ihnen das Recht nach Bruchtheilen oder in anderer Weise zustehen. „Gemeinschaft" ist der höhere, „Gemeinschaft nach Bruchtheilen" der untergeordnete Begriff (vgl. auch Oertmann Vorbem. 1 vor § 741). Das BGB. überschreibt den fünfzehnten Titel schlechthin „Gemeinschaft". Im § 741 spricht es von „Gemeinschaft nach Bruchtheilen", in den §§ 749—753, 755—758 wieder nur von „Gemeinschaft". (Siehe unten Anm. 15 S. 788.) Hier im Texte wird zunächst unter 1 von der Gemeinschaft im Allgemeinen, unter II von der Gemeinschaft nach Bruchtheilen (§§ 741 ff.) gehandelt.

[2]) Siehe unten unter 3.

[3]) Es ist zu beachten, daß unter „Gemeinschaft" nicht das gemeinschaftliche Recht selbst, sondern das durch die Gemeinschaftlichkeit des Rechtes begründete Verhältniß der Theilhaber zu verstehen ist. Das Miteigenthum (§§ 1008 ff.) selbst ist ein dingliches Recht, die Gemeinschaft der Miteigenthümer ein Schuldverhältniß. Vgl. Crome II § 286 bei Anm. 20 ff., der hiervon nur dem Wortlaute nach abweicht.

2. Das Rechtsverhältniß der Gemeinschaft entsteht dadurch, daß ein Recht Mehreren gemeinschaftlich zusteht. In welcher Weise das Recht gemeinschaftlich geworden, ob dies z. B. auf Grund der gesetzlichen Erbfolge, einer letztwilligen Verfügung, eines gemeinschaftlichen rechtsgeschäftlichen Erwerbes oder in anderer Weise geschehen ist, ist gleichgültig. Durch die Gemeinschaftlichkeit des Rechtes wird kraft Gesetzes ein Rechtsverhältniß unter den Theilhabern begründet.[4]) Dagegen wird der Inhalt des durch die Gemeinschaftlichkeit des Rechtes begründeten Rechtsverhältnisses, die Art der Gemeinschaft, theils durch die Art des Erwerbes des gemeinschaftlichen Rechtes bestimmt, theils ist sie hiervon gänzlich unabhängig und hängt vielmehr davon ab, ob der Erwerb auf der Grundlage eines in den gesetzlich zulässigen Fällen vertragsmäßig begründeten Gemeinschaftsverhältnisses oder ohne eine solche Grundlage erfolgt ist.[5]) [6])

3. Eine Gemeinschaft besteht, wenn ein Recht Mehreren gemeinschaftlich zusteht. Gegenstand der Gemeinschaft kann nicht nur das Eigenthum oder ein anderes Recht an der Sache, sondern jedes Recht sein.[7])

4. Eine Gemeinschaft besteht nur, wenn ein Recht Mehreren gemeinschaftlich zusteht. Es genügt nicht, daß in Ansehung desselben Gegenstandes Mehrere, aber in verschiedener Weise, berechtigt sind. Vielmehr liegt eine

---

[4]) Vgl. Windscheid Pand. II § 449 Anm. 1, Crome II § 286 I, Oertmann Vorbem. 1, Planck Vorbem. I vor §§ 741 ff., Endemann I § 182 bei Anm. 5. Dem entsprechend behandelte der E. I die Gemeinschaft nicht in dem Abschnitte „Schuldverhältnisse aus Rechtsgeschäften", sondern in dem Abschnitte „Schuldverhältnisse aus anderen Gründen" (§§ 762 ff.).

[5]) Wenn A. und B. Eigenthümer des Grundstücks X. sind, so besteht zwischen ihnen eine Gemeinschaft. Haben sie das Grundstück als Miterben des C. mit dessen Nachlaß erworben, so besteht zwischen ihnen eine Erbengemeinschaft gemäß den §§ 2032 ff. Hier bestimmt sich die Art der Gemeinschaft durch die Art des Erwerbes. Haben dagegen A. und B. das Grundstück durch Auflassung und Eintragung von D. erworben, so wird durch diese Art des Erwerbes allein die Art der Gemeinschaft, welche zwischen A. und B. besteht, noch nicht bestimmt. Entscheidend ist auch nicht, ob der Auflassung z. B. ein Kauf, ein Tausch eine Schenkung, ein Vermächtniß des Erblassers des D. oder ein anderes Rechtsgeschäft zu Grunde lag. Es kommt vielmehr darauf an, ob zur Zeit des Erwerbes bereits ein Gemeinschaftsverhältniß zwischen A. und B. begründet war und welcher Art dieses Gemeinschaftsverhältniß ist. Bilden A. und B. z. B. eine Gesellschaft, so wird das für diese erworbene Grundstück durch die Auflassung und Eintragung Bestandtheil des Gesellschaftsvermögens (§ 718 ff., siehe oben § 197 S. 757 unter 3). Sind A. und B. Ehegatten und leben sie in Gütergemeinschaft, so wird das Grundstück Bestandtheil des Gesammtguts (§ 1438 Abs. 1). Hier wird die in Ansehung des Grundstücks vorliegende Gemeinschaft, Gesellschaft beziehungsweise Gütergemeinschaft, durch das zur Zeit des Erwerbes bereits vertragsmäßig begründete Gemeinschaftsverhältniß bestimmt. War zur Zeit der Auflassung ein solches Gemeinschaftsverhältniß zwischen A. und B. nicht begründet, so entsteht durch den gemeinschaftlichen Erwerb des Grundstücks zwischen A. und B. keine besonders geartete Gemeinschaft, vielmehr finden die allgemeinen Vorschriften der §§ 742 ff., 1008 ff. Anwendung (§ 741; siehe unten im Texte unter II S. 787 ff.).

[6]) Man kann hiernach von Gemeinschaften sprechen, die durch Vertrag, und solchen, die nicht durch Vertrag entstehen (communio incidens). Man muß nur beachten, daß es sich dabei nicht um den Vertrag handelt, durch den oder auf Grund dessen das gemeinschaftliche Recht erworben, sondern um den Vertrag, durch den das Gemeinschaftsverhältniß begründet wird (nicht Eigenthumsübertragung, Kauf, Schenkung, sondern Gesellschaftsvertrag, Ehevertrag).

[7]) Anders nach gemeinem Rechte. Vgl. Windscheid II § 449 Anm. 1. — Ob der Besitz ein Recht ist, ist zwar bestritten. Dagegen herrscht darüber kein Zweifel, daß auch der Besitz Gegenstand einer Gemeinschaft sein kann. Vgl. z. B. M. II S. 874, Planck Anm. zu § 741, Vorbem. 4 vor § 741, Cosack II § 272, Crome II § 286 Anm. 19, Fischer-Henle Anm. 1 zu § 741.

Gemeinschaft nur vor, wenn ein und dasselbe Recht[8]) ungetheilt Mehreren gemeinschaftlich zusteht.[9]) Danach besteht z. B. unter mehreren Gläubigern derselben Forderung eine Gemeinschaft nicht, wenn sie Gesammtgläubiger sind, da hier zwar Ungetheiltheit, aber nicht Gemeinschaftlichkeit der Forderung vorliegt, vielmehr jeder einzelne Gläubiger die ganze Leistung fordern kann (§ 428).[10]) Ebensowenig liegt eine Gemeinschaft vor, wenn der Auslegungsregel des § 420 entsprechend mehrere Gläubiger einer theilweisen Leistung zu gleichen Antheilen berechtigt sind. Hier steht zwar die ganze Forderung Mehreren gemeinschaftlich zu, aber nicht ungetheilt, sondern getheilt.[11]) Dagegen besteht eine Gemeinschaft im Falle des § 432, wenn nämlich Mehrere eine untheilbare Leistung zu fordern haben, sofern sie nicht Gesammtgläubiger sind, und ferner unter der letzteren Voraussetzung auch dann, wenn bei einer an sich theilbaren Forderung durch eine Abrede im einzelnen Falle oder in Folge des dem Erwerbe zu Grunde liegenden Gemeinschaftsverhältnisses die Getheiltheit ausgeschlossen ist.[12])

5. Die rechtliche Natur der Gemeinschaftsverhältnisse, welche das BGB. kennt, ist eine verschiedene. Die Gesellschaft (§§ 705 ff.) und die Gemeinschaft nach Bruchtheilen (§§ 741 ff.) sind Schuldverhältnisse[13]), die allgemeine Gütergemeinschaft, die Errungenschaftsgemeinschaft und die Fahrnißgemeinschaft familienrechtliche Verhältnisse, die Erbengemeinschaft ist ein erbrechtliches Verhältniß.[14])

II. Jedes Gemeinschaftsverhältniß, bezüglich dessen nicht das Gesetz ein **§ 741.**

---

[8]) Wenn A. und B. Miteigenthümer eines Grundstücks sind, so besteht zwischen ihnen eine Gemeinschaft, da ihnen das Eigenthum des Grundstücks gemeinschaftlich zusteht. Ist dagegen A. Eigenthümer, B. Nießbraucher des Grundstücks, so liegt eine Gemeinschaft nicht vor, da zwar die Rechte des A. und B. an demselben Grundstücke bestehen, aber nicht Beiden ein Recht, sondern Jedem ein anderes Recht zusteht. Dasselbe ist auch der Fall, wenn dem A. das Alleineigenthum, dem B. der Nießbrauch nur an einem Bruchtheile des Grundstücks zusteht. Hier stehen nicht die Nutzungen des Grundstücks Jedem nach Bruchtheilen (so Prot. II S. 744, Planck Vorbem. 1 vor § 741), sondern Jedem die Nutzungen an einem Bruchtheile des Grundstücks zu und zwar dem A. auf Grund seines Eigenthums, dem B. auf Grund des Nießbrauchs. Ein gemeinschaftliches Recht ist nicht vorhanden. Die §§ 741 ff. finden nicht Anwendung.

[9]) So E. I § 762: „Steht ein Recht ungetheilt mehreren Personen gemeinschaftlich zu . . .“ Von der zweiten Kommission wurde das Wort „ungetheilt“ weggelassen (vgl. Prot. II S. 743 ff). Ungetheilt und gemeinschaftlich sind aber nicht gleichbedeutend. Ein Recht kann Mehreren ungetheilt und doch nicht gemeinschaftlich und andererseits getheilt und doch gemeinschaftlich zustehen (siehe im Texte). Ein Gemeinschaftsverhältniß setzt ungetheilte und gemeinschaftliche Zugehörigkeit des Rechtes voraus. Vgl. M. II S. 873.

[10]) Vgl. hierzu und zum Folgenden die zutreffenden Ausführungen von Oertmann Vorbem. 1 vor § 741.

[11]) M. II S. 473, Oertmann a. a. O.

[12]) Oertmann a. a. O. A. und B. haben von der offenen Handelsgesellschaft C. & D. ein Grundstück gekauft. Hier besteht sowohl ein Gemeinschaftsverhältniß zwischen A. und B. bezüglich des Anspruchs auf Uebergabe und Auflassung des Grundstücks (§ 432) wie zwischen C. und D. in Ansehung des Anspruchs auf Zahlung des Kaufpreises, welcher zum Gesellschaftsvermögen gehört (§ 718, siehe oben § 197 unter 4 S. 758 ff.). Kaufen E. und F. von G. 10 Pfund Kakao, so entsteht keine Gemeinschaft zwischen E. und F., vielmehr hat jeder von ihnen von G. 5 Pfund Kakao zu fordern (§ 420).

[13]) Siehe oben § 201 unter 1 S. 783 und im Texte unter II, 1 S. 788.

[14]) Dies ist z. B. von Wichtigkeit für die Uebergangsbestimmungen des EG. Auf Gesellschaften findet Art. 170, auf die Gemeinschaft der Miterben Art. 213 Anwendung. Für die Gemeinschaft nach Bruchtheilen und den Güterstand sind Sondervorschriften gegeben (Artt. 173, 200). Vgl. hierzu RG. Bd. 52 S. 174 ff., 176.

Anderes vorschreibt, ist eine Gemeinschaft nach Bruchtheilen, d. h. eine Gemeinschaft, auf welche die Vorschriften der §§ 742—758 Anwendung finden (§ 741).[15]

1. Die Gemeinschaft nach Bruchtheilen ist ein Schuldverhältniß, d. h. ein Rechtsverhältniß, kraft dessen diejenigen, welchen das Recht gemeinschaftlich zusteht, einander zu bestimmten Leistungen berechtigt und verpflichtet sind.

2. Das Schuldverhältniß entsteht kraft Gesetzes dadurch, daß ein Recht Mehreren gemeinschaftlich zusteht, falls die Voraussetzungen vorliegen, welche unter I, 2—4 dargestellt sind.

3. Das Schuldverhältniß entsteht als Gemeinschaft nach Bruchtheilen, d. h. das Recht oder dessen Gegenstand zerfällt nicht in wirkliche Theile, von denen jedem Theilhaber je einer zusteht, vielmehr steht Jedem das ganze Recht

---

[15]) Die Fassung des § 741 ist keine glückliche. Der E. I bestimmte im § 762 Abs. 1 klar, daß, sofern sich nicht aus dem Gesetz ein Anderes ergiebt, Gemeinschaft nach Bruchtheilen anzunehmen ist, wenn ein Recht ungetheilt mehreren Personen gemeinschaftlich zusteht. Abs. 2 schrieb dann vor, daß, wenn eine Gemeinschaft nach Bruchtheilen besteht, die Vorschriften der §§ 763 ff. Anwendung finden. Die Vorschrift des E. I § 762 war also abgestellt auf das Vorliegen einer Gemeinschaft nach Bruchtheilen, welches in Ermangelung einer abweichenden gesetzlichen Bestimmung für jede Gemeinschaft angenommen werden sollte. Ebenso klar bestimmte dann § 1344 S. 1 des E. I, daß die zum Gesammtgute gehörenden Gegenstände den Ehegatten nicht nach Bruchtheilen zustehen. Dagegen ist die Vorschrift des § 741 des BGB. nicht auf das Vorliegen einer Gemeinschaft nach Bruchtheilen, sondern auf die Anwendung der §§ 742—758 abgestellt, die für alle Fälle vorgeschrieben ist, in denen ein Recht Mehreren gemeinschaftlich zusteht, sofern sich nicht aus dem Gesetz ein Anderes ergiebt. Sodann wird in Klammern „Gemeinschaft nach Bruchtheilen" hinzugefügt. Die Vorschrift des § 1344 S. 1 des E. I ist in zweiter Lesung gestrichen worden (vgl. Prot. IV S. 233), so daß das Gesetz eine ausdrückliche Bestimmung, nach der ein Recht Mehreren nicht nach Bruchtheilen zusteht, nicht enthält. Die Streichung ist erfolgt unter der ausdrücklichen Begründung, daß der Satz theoretisch nicht unanfechtbar und daß gegenüber der Fassung des jetzigen § 719 Abs 1 (vgl. § 1442 Abs. 1) die Verneinung der Berechtigung nach Bruchtheilen bei der Gesellschaft und der Gütergemeinschaft unhaltbar sei (vgl. Prot. IV S. 233—234, vgl. auch II S. 428 ff.). Es fragt sich nun 1. was versteht das BGB. unter einer Gemeinschaft nach Bruchtheilen? und 2. ist in den Fällen, in denen eine Gemeinschaft nach Bruchtheilen im Sinne des BGB. nicht vorliegt, eine Berechtigung nach Bruchtheilen ausgeschlossen? Die erste Frage ist nach dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte des § 741 dahin zu beantworten, daß im Sinne des BGB. eine Gemeinschaft nach Bruchtheilen lediglich diejenige ist, auf welche die Vorschriften der §§ 742—758 Anwendung finden. Diese setzen allerdings eine Berechtigung zu ideellen Theilen voraus. Im übrigen ist aber die Begriffsbestimmung eine rein positive. Finden die fraglichen Vorschriften grundsätzlich Anwendung, so liegt eine Gemeinschaft nach Bruchtheilen im Sinne des BGB. vor, finden sie nicht Anwendung, so besteht eine solche Gemeinschaft im Sinne des BGB. nicht. Die zweite Frage ist zu verneinen. Auch wenn die Anwendung der §§ 742—758 vollständig oder großentheils ausgeschlossen ist, wenn also eine Gemeinschaft nach Bruchtheilen im Sinne des BGB. nicht vorliegt, kann die Berechtigung Mehrerer eine solche nach Bruchtheilen sein. Eine entgegengesetzte Bestimmung ist insbesondere für diejenigen Gemeinschaften, welche nach dem Prinzipe der gesammten Hand geordnet sind, ausdrücklich abgelehnt worden (vgl. die Prot. a. a. O.). Ist also z. B. die Gesellschaft, die Gütergemeinschaft, die Erbengemeinschaft auch keine Gemeinschaft nach Bruchtheilen im Sinne des BGB., so schließt dies nicht aus, daß die Gesellschafter, die Eheleute, die Miterben an den zum Gesellschaftsvermögen beziehungsweise zum Gesammtgut und zum Nachlasse gehörenden Gegenständen nach Bruchtheilen berechtigt sind (siehe oben § 201 unter 3 S. 784). Wenn im Folgenden davon die Rede ist, daß eine Gemeinschaft nach Bruchtheilen vorliegt oder nicht vorliegt, so ist hiernach damit nur eine Gemeinschaft nach Bruchtheilen im Sinne des BGB. gemeint, d. h. eine solche, auf welche die §§ 742—758 grundsätzlich Anwendung finden. Es ist zu beachten, daß auch, wenn das Vorliegen einer solchen Gemeinschaft verneint wird, damit nicht ausgeschlossen ist, daß die Theilhaber nach Bruchtheilen berechtigt sind.

[16]) M. II S. 873.

zu einem im Verhältnisse zum Ganzen gedachten[16]), sogenannten ideellen, Antheile zu.[17])

4. Die Gemeinschaft entsteht aber als Gemeinschaft nach Bruchtheilen nur dann, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein Anderes ergiebt (§ 741). Eine Gemeinschaft nach Bruchtheilen liegt danach nicht vor bei denjenigen Gemeinschaften, welche nach dem Prinzipe der gesammten Hand geregelt sind. Dies sind die Gesellschaft (§§ 705 ff.), die allgemeine Gütergemeinschaft (§§ 1438 ff.) einschließlich der fortgesetzten Gütergemeinschaft (§§ 1483 ff.), die Errungenschaftsgemeinschaft (§§ 1519 ff.), die Fahrnißgemeinschaft (§§ 1549 ff.) und die Gemeinschaft der Miterben (§§ 2032 ff.) Auf diese Gemeinschaften finden grundsätzlich nicht die §§ 742 ff., sondern die für sie gegebenen Sondervorschriften Anwendung. Jedoch ist, abgesehen davon, daß auch für die Gemeinschaften zur gesammten Hand die Anwendung einzelner Bestimmungen der §§ 742 ff. besonders vorgeschrieben ist[18]), die Anwendung aller dieser Bestimmungen nicht ausgeschlossen, sofern bei der Sonderregelung des betreffenden Gemeinschaftsverhältnisses nicht abweichende Bestimmungen gegeben sind[19].)

5. Für einige Gemeinschaften giebt das Gesetz Sondervorschriften, welche nur in einzelnen Punkten von den Bestimmungen der §§ 742 ff. abweichen, während diese grundsätzlich anwendbar bleiben. Durch solche Sondervorschriften wird der Charakter der Gemeinschaft als einer Gemeinschaft nach Bruchtheilen nicht berührt[20].)

6. Sofern das Gesetz nicht ein Anderes ergiebt, kann jede Gemeinschaft nur eine Gemeinschaft nach Bruchtheilen sein. Die Vorschrift des § 741 ist zwingender Natur.[21]) Ebensowenig kann umgekehrt ein Gemeinschafts-

---

[17]) Ueber die ideelle Theilung, insbesondere darüber, was den Gegenstand der Theilung bildet, vgl. Windscheid Pand. I § 142 unter 4. Dernburg Pand. I § 195 unter 5. — A. und B. sind Miteigenthümer eines Schimmelgespanns. Dann ist nicht A. Eigenthümer des einen, B. des anderen Pferdes, sondern Jeder ist Eigenthümer beider Pferde, aber nur zur (ideellen) Hälfte. Ebenso verhält es sich auch bei Forderungen in den Fällen, in denen eine Gemeinschaft nach Bruchtheilen besteht. Wenn C. und D. 1000 M. von F. zu fordern haben, so steht im Falle des § 420 Jedem ein Anspruch auf Zahlung von 500 M., im Falle des § 741 dagegen Jedem der Anspruch auf 1000 M. zur ideellen Hälfte zu.

[18]) Vgl. z. B. §§ 731, 1477 Abs. 1, 2038 Abs. 2 S. 1, 2042 Abs. 2, 2044 Abs. 1 S. 2.

[19]) So zutreffend Oertmann Vorbem. 1 vor 741 ff. Siehe z. B. oben § 201 Anm. 16 S. 784. Die subsidiäre Anwendung der §§ 742 ff. folgt sowohl aus der Vorschrift des § 741 („sofern sich nicht aus dem Gesetz ein Anderes ergiebt") wie daraus, daß die Gemeinschaft zur gesammten Hand eine Unterart der Gemeinschaft im allgemeinen ist siehe oben Anm. 1 S. 785). Die Gesellschaft, sagt Oertmann a. a. O., bildet logisch einen Spezialfall der Gemeinschaft. — Vgl. auch über analoge Anwendung der § 742 ff. auf alle Gemeinschaften M. II S. 874.

[20]) Vgl. §§ 433, 866, 921 ff. 947, 948, 963, 984, 1008 ff., 1172 Abs. 2. Keinen Fall der Gemeinschaft bilden die hier öfter angeführten §§ 1066, 1258 (siehe oben Anm. 8 S. 787). — Das RG. schließt in der Entscheidung vom 17. 1. 1903 (RG. Bd. 53 S. 311) die Anwendung der §§ 741 ff. auf eine Grenzanlage, die zum Vortheile beider Nachbargrundstücke dient (§§ 921, 922), deshalb aus, weil nach dem BGB. ein Miteigenthum an der Anlage nicht besteht. Letzteres ist zwar richtig, aber daraus folgt noch nicht die Nichtanwendung der §§ 741 ff. auf die nach § 921 vermuthete gemeinschaftliche Berechtigung, ganz abgesehen davon, daß die Anwendung dieser Vorschriften, soweit nicht Sonderbestimmungen gegeben sind, im § 922 S. 4 ausdrücklich vorgeschrieben ist.

[21]) Vgl. hierzu M. II S. 873, Planck Vorbem. III, Oertmann Vorbem. 2 vor § 741, Neumann Anm. I, Kuhlenbeck Anm. 1 zu § 741. Z. B. kann nicht durch Vereinbarung der Theilhaber ein anderes Miteigenthum als das nach Bruchtheilen (§§ 742 ff., 1008 ff.) geschaffen werden. Die Miteigenthümer können nicht ohne weiteres mit ding-

verhältniß den Vorschriften der §§ 742—758 unterworfen werden, welches durch das Gesetz in anderer Weise geregelt ist.[22])

§ 203. Rechte und Pflichten der Theilhaber.

Im Gegensatze zur Gesellschaft, welche unter Zugrundelegung des Prinzips der gesammten Hand geordnet ist[1]), ist die Gemeinschaft nach Bruchtheilen nach den Grundsätzen der gemeinrechtlichen Sozietät geregelt. Wenn sich auch im Einzelnen verschiedene Anklänge an das Prinzip der gesammten Hand finden[2]), so ist doch insbesondere die volle Selbständigkeit der Antheile der einzelnen Theilhaber und deren Befugniß, allein über ihre Antheile zu verfügen, aufrecht erhalten (§ 747 S. 1). Im Einzelnen ist folgendes zu bemerken:

§ 742. 1. Die Größe der Antheile, welche den Theilhabern zustehen, bestimmt sich in erster Reihe nach den für den einzelnen Fall der Gemeinschaft getroffenen Sondervorschriften[3]). Sind solche nicht gegeben, so kommt es auf das sonst der Entstehung der Gemeinschaft zu Grunde liegende Rechtsverhältniß[4]) und auf die Vereinbarungen der Theilhaber an. Im Zweifel ist anzunehmen, daß den Theilhabern gleiche Antheile zustehen (§ 742)[5]) [6]).

§ 743. 2. Die Antheile der Theilhaber an den Nutzungen und sonstigen Vortheilen des gemeinschaftlichen Gegenstandes (§ 100)[7]) sind verschieden bezüglich der Früchte (§ 99) und des Gebrauchs bestimmt.

a) Von den Früchten gebührt jedem Theilhaber ein seinem Antheil ent-

---

licher Wirkung vereinbaren, daß ihr Miteigenthum ein solches zur gesammten Hand sein soll. Sie können dies allerdings durch Abschluß eines Gesellschaftsvertrags und Einbringung der Sache in die Gesellschaft erreichen, da für diesen Fall sich aus dem Gesetze (§ 718) ein Anderes ergiebt (§ 741). Aber dann müssen eben die Voraussetzungen des § 705 vorliegen (siehe oben § 193 unter 3 S. 728 ff.). — Siehe auch unten § 203 Anm. 34 S. 794 über Abreden mit obligatorischer Wirkung.

[22]) Miterben können z. B. nicht vereinbaren, daß bezüglich des ungetheilten Nachlasses zwischen ihnen eine Gemeinschaft nach Bruchtheilen bestehen soll. Ueber § 718 siehe oben § 197 unter 7 S. 761.

[1]) Siehe oben § 201 unter I S. 782.

[2]) Vgl. die Bestimmungen in den §§ 746, 749 Abs. 2, 751 S. 1, 755, 756 und D. S. 132 ff., Planck Vorbem. II, Oertmann Vorbem. 2, Kuhlenbeck Vorbem. vor § 741.

[3]) Vgl. z. B. §§ 947 Abs. 1 Halbs. 2, 948 Abs. 1, 963 Halbs. 2, 984, 1109 Abs. 1 S. 2, 1172 Abs. 2.

[4]) Vgl. Planck zu § 742.

[5]) Wenn A. seine Gemäldesammlung B. und C. schenkt und sie ihnen zum Eigenthum übergiebt und zwar dem B. zu $^1/_3$, dem C. zu $^2/_3$, so werden deren Antheile hierdurch bestimmt. Vereinbaren B. und C. später, daß Jeder Miteigenthümer zur Hälfte sein soll und wird ein entsprechender Antheil von C. auf B. übertragen, so ist diese Vereinbarung für die Antheile maßgebend. Hat die Schenkung und Uebertragung ohne Bestimmung von Antheilen stattgefunden, so steht Jedem die Hälfte zu.

[6]) Wenn ein Recht, das Mehreren nach Bruchtheilen zusteht, in das Grundbuch eingetragen werden soll, so sollen die Antheile der Berechtigten angegeben werden. Ohne diese Angabe darf die Eintragung nicht erfolgen (GBO. § 48). Ist sie dennoch erfolgt, so greift die Auslegungsregel des § 742 Platz. Für die Uebertragung und Belastung des Antheils ist jedoch die vorhergehende Eintragung des Bruchtheils erforderlich (GBO. §§ 40 Abs. 1, 48). KG. in Johow-Ring Bd. 20 A. S. 304, Bd. 21 A. S. 110, Mugdan Falkmann Bd. 4 S. 327.

[7]) Es ist zu beachten, daß der § 742 nur das Maß der Betheiligung der Theilhaber an den Nutzungen bestimmt, während die Art der Nutzung in den §§ 744 ff. geregelt ist. Vgl. Neumann Anm. 3 zu § 743, Oertmann Anm. 2, b zu § 745. Dagegen hält Cosack II § 271 unter IV die Vorschriften über Maß und Art der Nutzung nicht auseinander und erklärt in Folge dessen die Bestimmungen des § 743 gegenüber dem § 745 für „höchst subsidiär".

sprechender Bruchtheil (§ 743 Abs. 1)[8]), d. h. er hat auf diesen Bruchtheil der Früchte der anderen Theilhabern gegenüber einen Anspruch. In welcher Weise die Früchte thatsächlich gezogen werden, ist eine Frage der Verwaltung (§§ 744 ff.). Der rechtliche Erwerb der Früchte bestimmt sich nach allgemeinen Grundsätzen, die Zutheilung des Jedem gebührenden Antheils nach den §§ 752 ff.[9])[10]).

b) Zum Gebrauche[11]) des gemeinschaftlichen Gegenstandes ist jeder Theilhaber, sofern nicht der Gebrauch durch eine von den Theilhabern gemäß den §§ 744, 745 beschlossene andere Art der Benutzung ausgeschlossen ist[12]), nicht nur seinem Antheil entsprechend, sondern unbeschränkt befugt, soweit nicht der Mitgebrauch

[8]) A. und B. sind Miteigenthümer eines Hausgrundstücks mit Garten, A. zu ²/₃, B. zu ¹/₃. Das Haus ist vermiethet, der Garten nicht. Sowohl vom Miethsertrage wie von der Obstnutzung des Gartens gebührt A. ²/₃, B. ¹/₃. — Die Regel des § 743 Abs. 1 gilt nicht nur für die Früchte, sondern auch für die sonstigen Nutzungen (§ 100, siehe oben § 31 unter II S. 132). Vgl. § 745 Abs. 3 S. 2, Fischer-Henle Anm. 2 zu § 743, Oertmann Anm. 2 zu § 743.

[9]) Die §§ 742 ff. regeln die obligatorischen Beziehungen der Theilhaber unter einander, § 743 speziell die Ansprüche eines Jeden auf die Nutzungen. Wenn § 743 Abs. 1 bestimmt, daß jedem Theilhaber ein gewisser Bruchtheil der Früchte „gebührt", so ist damit weder eine Sondervorschrift über den Erwerb von Früchten (§§ 953 ff.) noch über die Art der Fruchtziehung (§§ 744 ff.) getroffen, sondern nur der Anspruch der Theilhaber gegen einander bezüglich der Vertheilung der Früchte seiner Größe nach bestimmt. Es ist daher z. B. irrig, wenn Oertmann (Anm. 2 zu § 743) meint, daß dem Einzelnen ein durch Widerspruch nicht zu beseitigendes Recht zustehe, von den natürlichen Früchten einen entsprechenden Theil für sich einzuernten. Im Falle der Anm. 8 können nicht ohne weiteres A. ²/₃, B. ¹/₃ des Obstes für sich pflücken. Vielmehr muß gemäß den §§ 744, 745 bestimmt werden, in welcher Weise das Obst geerntet werden soll. Dabei kann allerdings auch vereinbart werden, daß Jeder sich seinen Theil unmittelbar einernten soll. Geschieht dies aber nicht, so ist das Obst zunächst der getroffenen Bestimmung gemäß einzuernten und gebührt dann von dem eingeernteten Obste dem A. ²/₃, dem B. ¹/₃. Die Theilung erfolgt nach den Vorschriften der §§ 752 ff., wobei bezüglich der Kosten der Einerntung besonders die §§ 748, 756 zu berücksichtigen sind. Ganz unabhängig hiervon ist die Frage des Eigenthumserwerbes an den Früchten. Wer Eigenthümer des Obstes ist und zu welchem Antheil ist nicht aus dem § 743, sondern aus den §§ 93, 953, 742 zu beantworten. Danach ist das Obst vor und nach der Trennung allerdings auch zu ²/₃ Eigenthum des A., zu ¹/₃ des B. — Aehnlich verhält es sich mit den Miethserträgen (Anm. 8). Die einzelne Miethzinsforderung erwerben A. und B. als gemeinschaftlich nach Bruchtheilen (und zwar zu ²/₃ und ¹/₃) Berechtigte (siehe Anm. 10). Daraus folgt aber nicht, daß Jeder die Forderung zu seinem Antheil einziehen kann (dies erkennt auch Oertmann an). Vielmehr ist über die Einziehung der Miethen gemäß den §§ 744, 745 Bestimmung zu treffen. Die eingezogenen Miethen sind zu theilen. Hat A. die Miethverträge nur in seinem Namen abgeschlossen, so stehen ihm allein die Miethzinsforderungen zu. Trotzdem gebührt dem B. ¹/₃ des Miethsertrags nach § 743.

[10]) Für Forderungen, welche Früchte des gemeinschaftlichen Gegenstandes sind, gilt die Regel des § 420 nicht. Hier ergiebt sich aus dem Gemeinschaftsverhältnisse, daß die Theilhaber nach Bruchtheilen berechtigt sind. Wenn der Antheil an einer solchen Forderung, z. B. der Antheil des Miteigenthümers an einer Miethzinsforderung, gepfändet und überwiesen wird, so kann der Gläubiger nicht einen entsprechenden Antheil der Forderung selbständig einziehen, sondern nur Einziehung gemeinschaftlich mit den übrigen Miteigenthümern und demnächstige Theilung verlangen.

[11]) Es handelt sich hier nicht um die Vortheile, welche der Gebrauch gewährt (§ 100, so Crome II § 286 Anm. 39), sondern um den Gebrauch selbst, z. B. nicht um den Verdienst, der mit einem Pferde erzielt wird — auf diesen findet § 743 Abs. 1 Anwendung (siehe Anm. 8) —, sondern um den Gebrauch des Pferdes zum Spazierenfahren oder dergl. Vgl. Planck Anm. 2 zu § 743.

[12]) Auch Abs. 2 des § 743 bestimmt nur das Maß, nicht die Art der Benutzung (siehe Anm. 7). Er giebt den Theilhabern nicht ein unentziehbares Recht auf den Gebrauch, sondern regelt nur dessen Umfang für den Fall, daß der Gebrauch in Ermangelung eines anderweitigen Beschlusses über die Benutzung möglich ist. Da A. und B. (Anm. 8) beschlossen haben, das Haus zu vermiethen, so hat A. nicht das Recht, selbst hineinzuziehen. Dagegen steht ihm die Befugniß zu, den Garten zum Aufenthalt und zum Spazierengehen zu benutzen.

der übrigen Theilhaber beeinträchtigt wird (§ 743 Abs. 2)[13]). Ob dies der Fall ist, ist nach der Vorschrift des § 242 zu entscheiden[14]). Die Theilhaber sind auch zum Mitbesitze der gemeinschaftlichen Sache befugt. Soweit die Vorschrift des § 866 nicht entgegensteht[15]), genießt hierbei ein Jeder vollen Besitzschutz sowohl gegen die anderen Theilhaber wie gegen Dritte[16]).

c) Die Theilhaber können den Antheil eines Jeden an den Nutzungen und die Befugniß zum Gebrauche des gemeinschaftlichen Gegenstandes abweichend von den Vorschriften der § 743, 744 regeln[17]). (vergl. § 745 Abs. 3 S. 2).

§§ 744, 745. 3. Für die Verwaltung des gemeinschaftlichen Gegenstandes gilt Folgendes:

a) Grundsätzlich steht die Verwaltung den Theilhabern gemeinschaftlich zu (§ 744 Abs. 1), d. h. zu jedem Verwaltungsakt ist die Zustimmung aller Theilhaber erforderlich. Liegt Einstimmigkeit vor, so können die Theilhaber über die Verwaltung und Benutzung beliebig bestimmen, gleichgültig ob die beschlossene Maßregel eine ordnungsmäßige ist oder nicht[18]). Sie können die Verwaltung auch einem oder Mehreren von ihnen oder einem Dritten übertragen[19]).

b) Wenn Einstimmigkeit nicht erzielt wird, so kann über die Verwaltung und Benutzung durch Stimmenmehrheit beschlossen werden. In diesem Falle darf aber — anders als im Falle a — weder eine der Beschaffenheit des gemeinschaftlichen Gegenstandes nicht entsprechende nicht ordnungsmäßige Verwaltung oder Benutzung noch eine wesentliche Veränderung des Gegenstandes beschlossen werden (§ 745 Abs. 1, Abs. 3 S. 1)[20]). Verletzt der Beschluß diese Voraussetzungen, so ist er unwirksam und die Minderheit kann diese Unwirksamkeit im Wege der Feststellungsklage geltend machen[21]). — Die Stimmenmehrheit ist nicht wie bei der Gesellschaft (§ 709 Abs. 2) nach der Zahl der Theilhaber, sondern nach der Größe der Antheile zu berechnen (§ 745 Abs. 1

---

[13]) B. (Anm. 8) darf den Garten nicht nur zu einem Drittel, sondern er kann den ganzen Garten gebrauchen. Dasselbe Recht steht dem A. zu. Nur muß Jeder Sorge tragen, daß er den Mitgebrauch des Anderen nicht beeinträchtigt. A. darf z. B. nicht ein Gartenfest veranstalten, durch das er dem B. den Aufenthalt im Garten unmöglich macht. — Wenn das Haus nicht vermiethet wird und A. erklärt, er wolle es nicht bewohnen, so kann B. das ganze Haus in Benutzung nehmen. Will es A. auch bewohnen und können sich A. und B. über die Jedem einzuräumenden Zimmer nicht einigen, so müssen sie Beide den Gebrauch unterlassen. — Ein Besitzschutz der Theilhaber gegen einander findet, soweit es sich um die Grenzen des dem Einzelnen zustehenden Gebrauchs handelt, nicht statt (§ 866).

[14]) Ueber Einzelheiten siehe die zutreffenden Ausführungen von Oertmann Anm. 1 zu § 743.

[15]) Siehe Anm. 13 a. E.

[16]) Dernburg II § 369 I, 2, Planck Anm. 2 zu § 743.

[17]) M. II S. 877. — A. und B. (Anm. 8) können z. B. vereinbaren, daß, obwohl sie zu $^2/_3$ und zu $^1/_3$ Miteigenthümer sind, Jeder die Hälfte des Miethsertrags erhalten und daß A. zur Benutzung des Gartens gar nicht befugt sein soll. — Ueber eine gesetzliche Sondervorschrift siehe § 923 Abs. 1.

[18]) A. und B. (Anm. 8) können, wenn sie einig sind, das Haus vermiethen oder es Beide gleichzeitig oder jeder für eine gewisse Zeit bewohnen. Sie können es auch ganz leer stehen lassen oder es, obwohl es ein elegant eingerichtetes Wohnhaus ist, als Geschäftsraum vermiethen. Hat B. einmal hierzu seine Zustimmung gegeben, so ist er daran gebunden.

[19]) Die Uebertragung kann sich als Auftrag, Dienst- oder Werkvertrag darstellen. Vgl. M. S. 876, Planck Anm. 1 zu § 745.

[20]) Im Falle der Anm. 8 kann z. B. nicht durch Stimmenmehrheit (siehe Anm. 22) beschlossen werden, daß das elegant eingerichtete Wohnhaus als Geschäftsraum vermiethet oder daß der Garten bebaut werden soll. Vgl. Oertmann Anm. 2a zu § 745.

[21]) Ebenso Oertmann Anm. 3, Dernburg II § 369 II, 2. Die Unzweckmäßigkeit der beschlossenen Maßregel allein berührt die Wirksamkeit des Beschlusses nicht.

S. 2)[22]. Die Minderheit ist durch die den Mehrheitsbeschlüssen gezogenen Grenzen geschützt sowie durch die Vorschrift des § 744 Abs. 2[23]) und durch das Recht jedes Theilhabers, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen (§ 749).

c) Ist die Verwaltung und Benutzung weder durch Vereinbarung (§ 744 Abs. 1) noch durch Mehrheitsbeschluß (§ 745 Abs. 1) geregelt, so kann jeder Theilhaber verlangen, daß die Uebrigen in eine dem Interesse aller Theilhaber nach billigem Ermessen entsprechende Verwaltung und Benutzung einwilligen (§ 745 Abs. 2), welche nicht eine wesentliche Veränderung des Gegenstandes bedingt (§ 745 Abs. 3 S. 1). Der Anspruch wird regelmäßig im Wege der Klage geltend gemacht werden müssen. Der Kläger darf die Klage nicht auf Verurtheilung zu einer vom Gerichte zu bestimmenden Maßregel richten, sondern er muß selbst die entsprechende Maßregel vorschlagen und die Verurtheilung zur Einwilligung in diese beantragen[24]).

d) Endlich kann die zur Erhaltung des Gegenstandes[25]) nothwendige Maßregel jeder Theilhaber ohne Zustimmung der Anderen treffen. Er kann auch verlangen, daß diese ihre Einwillung zu einer solchen Maßregel im Voraus ertheilen (§ 744 Abs. 2). Voraussetzung ist, daß nicht eine entsprechende Maßregel bereits gemäß § 744 Abs. 1 oder § 745 getroffen ist[26]) und daß die zu treffende Maßregel objektiv nothwendig, nicht nur nützlich ist[27]).

e) In keinem Falle kann das Recht des einzelnen Theilhabers auf einen seinem Antheil entsprechenden Bruchtheil der Nutzungen (§ 743 Abs. 1) ohne sein Zuthun beeinträchtigt werden (§ 745 Abs. 3 S. 2)[28]).

f) Wenn die Theilhaber die Verwaltung und Benutzung des gemeinschaftlichen Gegenstandes geregelt haben, so wirkt die getroffene Bestimmung auch gegen die Sondernachfolger (§ 746), gleichgültig ob diese beim Erwerbe des Antheils die Bestimmung gekannt haben oder nicht[29]). Die Vorschrift gilt für die Fälle a—c, dagegen nicht für den Fall d, da hier eine Regelung der Verwaltung und Benutzung durch die Theilhaber nicht vorliegt[30]).

§ 746.

---

[22]) Im Falle der Anm. 8 bildet z. B. A. allein die Mehrheit. Er kann in den durch den § 745 Abs. 1 und 3 gezogenen Grenzen die Verwaltung und Benutzung allein regeln. B. muß sich dem fügen. Ueber die Verpflichtung der Mehrheit, die Minderheit zu befragen, siehe oben § 195 Anm. 24 S. 746.

[23]) Siehe im Texte unter d.

[24]) M. II S. 888 ff. Wenn sich A. (Anm. 8) nicht um die Verwaltung und Benutzung kümmert, so daß das Haus nicht verwerthet wird, so kann B. gegen ihn mit dem Antrage klagen, daß er in eine Vermiethung des Hauses willigt. Ist A. hierzu verurtheilt, so ist er auch verpflichtet, bei Abschluß des Miethvertrags mitzuwirken. Die Rechtskraft des Urtheils schließt nicht aus, daß später wegen veränderter Umstände die Einwilligung in eine andere Art der Verwaltung oder Benutzung verlangt wird. M. II S. 889.

[25]) D. h. seines wirthschaftlichen Werthes, wie Dernburg II § 369 Anm. 2 zutreffend hervorhebt. B. (Anm. 8) kann z. B. das Obst, das anderenfalls verfaulen würde, abnehmen lassen und verkaufen.

[26]) Dann würde eben eine andere Maßregel nicht im Sinne des § 744 Abs. 2 nothwendig sein.

[27]) Oertmann Anm. 2 zu § 744.

[28]) Siehe oben unter 2, c S. 792.

[29]) Vgl. aber die Vorschrift des § 1010 Abs. 1, nach der die Bestimmung gegen den Sondernachfolger des Miteigenthümers eines Grundstücks nur gilt, wenn sie als Belastung des Antheils im Grundbuch eingetragen ist. Zu den Sondernachfolgern gehört auch der Gläubiger, welchem der Antheil im Wege der Zwangsvollstreckung überwiesen ist. Planck Anm. 1 zu § 746.

[30]) Streitig ist, ob § 746 auch auf den Fall des § 745 Abs. 2 (im Texte unter c.) Anwendung findet. Dafür z. B. Planck Anm. 2 zu § 746, Dernburg II § 369 Anm. 4,

§ 748. g) Wie jedem Theilhaber auf der einen Seite ein seinem Antheil entsprechender Bruchtheil der Früchte gebührt, so ist er auf der anderen Seite den anderen Theilhabern gegenüber verpflichtet, die Lasten des gemeinschaftlichen Gegenstandes sowie die Kosten der Erhaltung, der Verwaltung und einer gemeinschaftlichen Benutzung nach dem Verhältnisse seines Antheils zu tragen (§ 748). Jeder Theilhaber ist danach verpflichtet, zu den Kosten der Erhaltung, Verwaltung und gemeinschaftlichen Benutzung den auf ihn entfallenden Antheil von vornherein zur Bestreitung der Kosten beizutragen[31]) oder dem Theilhaber, welcher die Kosten aufgewendet hat, den entsprechenden Antheil zu erstatten. Voraussetzung für den Anspruch ist, daß es sich um Kosten handelt, die für die Erhaltung des Gegenstandes nothwendig sind oder waren (vergl. § 744 Abs. 2), oder um Kosten einer gemäß den §§ 744 Abs. 1, 745 wirksam geregelten Verwaltung oder gemeinschaftlichen Benutzung[32]). Hat ein Theilhaber darüber hinaus Kosten für die Erhaltung, Verwaltung oder gemeinschaftliche Benutzung oder hat er Kosten nur im Interesse des Antheils eines anderen Theilhabers aufgewendet, so kann er Erstattung nicht auf Grund des § 748, sondern nur auf Grund eines Auftrags oder nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag oder über die Bereicherung verlangen.

4. Nicht zur Verwaltung des gemeinschaftlichen Gegenstandes gehört die Verfügung über die Antheile der Theilhaber und über den Gegenstand im Ganzen.

§ 747. a) Der Antheil des Theilhabers an dem gemeinschaftlichen Gegenstand ist, anders als der Antheil der Gesellschafters an dem Gesellschaftsvermögen und an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen (§ 719 Abs. 1), ein selbständiges freies Vermögensobjekt des Theilhabers.[33]) Er kann unbeschränkt über den Antheil verfügen (§ 747 S. 1).[34]) Er kann ihn insbesondere veräußern und dadurch ohne Zustimmung der Uebrigen einen Anderen als Theilhaber an seine Stelle setzen.[35]) Demgemäß können auch die Gläubiger des Theilhabers die Zwangsvollstreckung in dessen Antheil bewirken.[36]) Der Theilhaber kann seinen Antheil auch verpfänden oder in anderer Weise belasten.[37]) Die übrigen Theilhaber können auch einstimmig über den Antheil des Anderen nicht verfügen. Sie können also z. B. auch ein Pfandrecht an dem Antheile nicht bestellen. Die

---

Crome II § 286 Anm. 73, dagegen Oertmann Anm. 1, Fischer-Henle Anm. 1 zu § 746. Der Anspruch des § 745 Abs. 2 geht auf Einwilligung in die Regelung der Verwaltung und Benutzung. Das Urtheil ersetzt die Einwilligung der übrigen Theilhaber, so daß mit der rechtskräftigen Verurtheilung eine Regelung durch die Theilhaber vorliegt. Deshalb erscheint die Anwendung des § 746 auf den Fall des § 745 Abs. 2 gerechtfertigt.

[31]) Dies folgert Oertmann Anm. 1 zu § 748 mit Recht daraus, daß im § 748 den Theilhabern die Pflicht auferlegt ist, die Kosten zu „tragen", nicht zu erstatten.

[32]) Ausführlich über den Erstattungsanspruch des Theilhabers handelt Planck Anm. 1 zu § 748.

[33]) M. II S. 874.

[34]) Eine Vereinbarung, durch welche die Verfügung des Theilhabers über seinen Antheil ausgeschlossen oder beschränkt, z. B. die Verfügung den Theilhabern gemeinschaftlich oder der Mehrheit übertragen wird, hat nur obligatorische Wirkung (§ 137).

[35]) Ein Vorkaufsrecht (§ 61 ff. I, 17 ALR.) ist den anderen Theilhabern nicht eingeräumt; vgl. M. II S. 874, Prot. II S. 745 VI. Sie können aber ein solches mit obligatorischer Wirkung vereinbaren (§§ 504 ff., vgl. aber auch § 1095 und oben § 145 Anm. 5).

[36]) Vgl. CPO. § 864 Abs. 2. Auf die Vollstreckung findet CPO. § 857 Anwendung. Vgl. hierzu oben Anm. 10 S. 791.

[37]) Vgl. §§ 1066, 1095, 1106, 1114, 1192, 1258, 1272, 1273. — Ein Verzicht auf den Antheil hat nicht die Wirkung, daß der Antheil den übrigen Theilhabern nach Verhältniß ihrer Antheile anwächst. Die entgegengesetzte Ansicht von Cosack II § 271 Anm.

Vorschrift des § 747 bezieht sich jedoch nur auf Verfügungen.[38]) Rechtsgeschäfte, welche eine Verwaltungsmaßregel bilden, ohne daß sie sich als Verfügungen darstellen, z. B. Vermiethung oder Verpachtung des Antheils[39]), unterliegen den Vorschriften der §§ 744 ff.[40])

b) Ueber den gemeinschaftlichen Gegenstand im Ganzen können die Theilhaber nur gemeinschaftlich, d. h. unter Zustimmung aller, verfügen (§ 747 S. 2). Demgemäß ist auch zur Zwangsvollstreckung in den Gegenstand im Ganzen ein vollstreckbarer Titel gegen alle Theilhaber erforderlich.[41])

5. Die Vertretungspflicht der Theilhaber in Ansehung der ihnen aus dem Gemeinschaftsverhältniß obliegenden Verpflichtungen bestimmt sich in Ermangelung einer abweichenden Vorschrift[42]) nach der Regel des § 276. Die Theilhaber haben danach jedes Verschulden zu vertreten. — Eine Verpflichtung der Theilhaber gegen einander zur Aufwendung von Sorgfalt behufs der Abwendung von Verlusten an dem gemeinschaftlichen Gegenstande besteht auf Grund des bloßen Gemeinschaftsverhältnisses nicht.[43]) Insbesondere bildet auch die Vornahme nothwendiger Maßregeln nach der Vorschrift des § 744 Abs. 2 nur ein Recht, nicht eine Pflicht des Theilhabers.[44])

§ 204. Aufhebung der Gemeinschaft.

§§ 749—751.

1. Wenn keine Zeit für das Bestehen der Gemeinschaft festgesetzt ist[1]), kann jeder Theilhaber jederzeit die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen (§ 749 Abs. 1). Das Verlangen kann jederzeit, also auch zur Unzeit gestellt werden.[2]) Eine Frist, welche zwischen dem Verlangen der Aufhebung und dieser selbst liegen müßte (Kündigungsfrist)[3]), schreibt das Gesetz nicht vor; doch kann eine solche von den Theilnehmern vereinbart werden (vergl. §§ 749 Abs. 2 S. 2, 751 S. 1).

2. Das Recht, die Aufhebung zu verlangen, kann durch Vereinbarung der Theilhaber ausgeschlossen werden und zwar nicht nur auf Zeit, sondern auch für immer (§ 749 Abs. 1). Ist es auf Zeit ausgeschlossen, so tritt die Vereinbarung im Zweifel[4]) mit dem Tode eines Theilhabers außer Kraft (§ 750). Der Ausschluß des Rechtes für immer oder auf Zeit hindert aber nicht, daß trotzdem,

---

30 hat im Gesetze keinen Halt. Ein entsprechender Antrag ist von der zweiten Kommission abgelehnt worden (Prot. II S. 748 ff). Die Voraussetzungen des Verzichts und seine Wirkungen richten sich nach allgemeinen Grundsätzen (Planck Anm. 1 zu § 747; vgl. z. B. § 928).

[38]) Siehe oben § 32 unter 4 S. 135.

[39]) Siehe oben § 25 unter II, 2 S. 117, § 29 Anm. 5 S. 124, § 32 unter 4 S. 135, § 161 Anm. 2 S. 583.

[40]) Oertmann Anm. 3 zu § 747.

[41]) Vgl. Planck Anm. 2 zu § 747.

[42]) Ein Antrag, den Theilhaber wie den Gesellschafter (§ 708) nur für diligentia quam in suis haften zu lassen, ist von der zweiten Kommission abgelehnt worden (Prot. II S. 768 VI, vgl. auch M. II S. 878).

[43]) M. II S. 879. Eine solche Verpflichtung kann aber dem Theilhaber auf Grund eines neben der Gemeinschaft bestehenden besonderen Rechtsverhältnisses, z. B. eines Auftrags, obliegen.

[44]) So auch Dernburg II § 369 unter II, 1.

[1]) Siehe im Texte unter 2.

[2]) Eine dem § 723 Abs. 2 entsprechende Vorschrift (siehe oben § 199 unter 3, b S. 771) ist für die Gemeinschaft nicht gegeben.

[3]) Siehe hierzu unten Anm. 11.

[4]) Es kann also das Gegentheil vereinbart werden.

wenn ein wichtiger Grund vorliegt[5]), jeder Theilhaber (§ 749 Abs. 2 S. 1), sowie auch ohne einen solchen Grund der Gläubiger, welcher die Pfändung des Antheils eines Theilhabers erwirkt hat, sofern der Schuldtitel nicht bloß vorläufig vollstreckbar ist (§ 751 S. 2)[6]), und endlich jederzeit der Konkursverwalter im Konkurs eines Theilhabers (KO. § 16 Abs. 2) die Aufhebung verlangen können.[7]) Unter den gleichen Voraussetzungen können, wenn eine Kündigungsfrist vereinbart ist, jeder Theilhaber sowie der Gläubiger und der Konkursverwalter die Aufhebung ohne Einhaltung der Frist verlangen (§§ 749 Abs. 2 S. 2, 751 S. 2, KO. § 16 Abs. 2). Eine Vereinbarung, durch welche das Recht, die Aufhebung zu verlangen, den Vorschriften des § 749 Abs. 2 zuwider ausgeschlossen oder beschränkt wird, ist nichtig (§ 749 Abs. 3). Im übrigen wirkt eine Vereinbarung der Theilhaber, durch welche sie das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, für immer oder auf Zeit ausgeschlossen oder eine Kündigungsfrist bestimmt haben, auch für und gegen die Sondernachfolger (§ 751 S. 1).[8]) — Wenn durch eine letztwillige Verfügung das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, ausgeschlossen oder beschränkt wird, so finden die Vorschriften des § 749 Abs. 2, 3, KO. § 16 Abs. 2 S. 1 entsprechende Anwendung.[9]) —

3. Unter den Voraussetzungen zu 1 oder 2 kann jeder Theilhaber die Aufhebung[10]) der Gemeinschaft verlangen. Das Recht des Theilhabers ist kein Kündigungsrecht: durch seine einseitige Erklärung wird die Aufhebung der Gemeinschaft nicht herbeigeführt. Vielmehr stellt sich das Recht als ein Anspruch dar (vergl. §§ 194 Abs. 1, 758), nämlich als der Anspruch, daß sich die übrigen Theilhaber mit der Aufhebung der Gemeinschaft einverstanden erklären.[11]) — Zu der Aufhebung ist hiernach die Zustimmung aller Theilhaber erforderlich;[12]) sie

---

[5]) Ob dies der Fall ist, ist nach den Umständen zu entscheiden. Siehe hierzu oben § 199 Anm. 2 S. 770, Dernburg II § 371 I, b, Oertmann Anm. 2 zu § 749.

[6]) Siehe hierzu oben § 199 S. unter I, 4 b 773. Der Gläubiger hat die Wahl, ob er den gepfändeten Antheil veräußern lassen (CPO. § 857 Abs. 5) oder die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen will. Cosack II § 271 VIII, 1, b. — Zu § 751 S. 2 vgl. auch § 1258 Abs. 2 S. 2.

[7]) Beim Konkurse des Theilhabers erfolgt, wenn der Konkursverwalter die Aufhebung der Gemeinschaft verlangt, die Theilung außerhalb des Konkursverfahrens (KO. § 16 Abs. 1).

[8]) Auf den guten Glauben des Sondernachfolgers kommt es auch hier nicht an. Siehe oben § 203 Anm. 29 S. 793). Ueber das Miteigenthum vgl. § 1010 Abs. 1.

[9]) Vgl. Oertmann Anm. 2 zu § 749. Die Bestimmungen des § 2044 BGB. und des § 16 Abs. 2 S. 2 KO. beziehen sich auf die Erbengemeinschaft, also nicht auf eine Gemeinschaft nach Bruchtheilen (siehe oben § 202 unter 4 S. 789), und kommen daher hier nicht in Betracht. Wenn aber z. B. A. eine Sache den B. und C. gemeinschaftlich vermacht hat (vgl. hierzu das instruktive Beispiel in RG. Bd. 52 S. 176) mit der Maßgabe, daß Jeder Miteigenthümer zur Hälfte werden und die Aufhebung der Gemeinschaft 30 Jahre lang ausgeschlossen sein soll, so findet auf diese Bestimmung § 749 Abs. 2 Anwendung. B. oder C. kann schon vor Ablauf der Frist die Aufhebung verlangen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt (vgl. § 2044 Abs. 1 S. 2). — Sonderbestimmungen für die Gemeinschaft enthalten die §§ 1066 Abs. 2, 1258 Abs. 2.

[10]) Das Gesetz sagt nicht, daß der Theilhaber die Theilung, sondern daß er die Aufhebung verlangen kann, weil die Aufhebung nicht stets unmittelbar durch Theilung erfolgt (vgl. §§ 753, 754 S. 2 und unten unter 4 und 5). M. II S. 879.

[11]) Das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, ist ebenso konstruiert wie das Recht auf Wandelung und Minderung (§ 462). Vgl. oben § 135 unter 4 S. 497 ff. Es ist danach inkorrekt, wenn das Gesetz in den §§ 749 Abs. 2 S. 2, 751 S. 1 das Verlangen als Kündigung bezeichnet, indem es von einer „Kündigungsfrist" spricht. Gemeint ist damit die Frist, welche zwischen der Erklärung des Verlangens und der Aufhebung der Gemeinschaft liegen soll.

[12]) Vgl. Planck Anm. 1 zu § 749.

setzt einen Vertrag voraus, der erst mit der Zustimmung aller zu Stande kommt,[13]) und inhalts dessen sich alle Theilnehmer mit der Aufhebung der Gemeinschaft einverstanden erklären.

4. Aber auch dieser Vertrag bewirkt die Aufhebung der Gemeinschaft noch nicht. Die Aufhebung selbst erfolgt erst entweder durch die unmittelbare Theilung des gemeinschaftlichen Gegenstandes in Natur (§ 752) oder durch dessen Verkauf und Theilung des Erlöses (§§ 753, 754 S. 1) oder bei bereits einziehbaren Forderungen durch Einziehung und Theilung oder Verkauf des eingezogenen Gegenstandes (§ 754 S. 2). Erst wenn eine dieser Maßregeln vorgenommen ist, ist die Gemeinschaft aufgehoben. Durch welche Maßregel im Einzelnen die Aufhebung erfolgen soll, unterliegt zunächst der freien Vereinbarung der Theilhaber (Theilungsvertrag).[14])[15]) Kommt eine solche Vereinbarung nicht zu Stande, so kann jeder Theilhaber verlangen, daß die Aufhebung gemäß den Vorschriften der §§ 752 ff. erfolgt.[16]) Auch hierbei findet an sich eine Mitwirkung des Gerichts nicht statt. Es ist Sache der Theilhaber, die Aufhebung den gesetzlichen Bestimmungen gemäß zu vollziehen.[17]) Können sie

---

[13]) Deshalb kann der Theilhaber, solange die Aufhebung nicht erfolgt ist, das Verlangen zurücknehmen. Dann bleibt die bisherige Gemeinschaft bestehen. Siehe oben § 531 unter 4 S. 498.

[14]) Sie können beliebig hierüber bestimmen, nur ist zu beachten, daß eine wirkliche — unmittelbare oder mittelbare — Theilung bestimmt werden muß, weil anderenfalls der Gegenstand gemeinschaftlich bleibt. — Zu beachten ist, daß auch der Theilungsvertrag an sich die Gemeinschaft nicht aufhebt, sondern nur, soweit er gleichzeitig die Theilungsmaßregel enthält. Anderenfalls erfolgt die Aufhebung erst durch deren Vornahme (siehe auch unten bei Anm. 24 S. 799). Wenn A. und B. einen Vertrag schließen, nach welchem die Zwangsversteigerung des gemeinschaftlichen Grundstücks erfolgen soll, während von den fälligen Miethzinsforderungen die gegen C. dem A., die gegen D. dem B. überwiesen werden, so ist mit dem Abschlusse des Vertrags die Gemeinschaft in Ansehung der Miethzinsforderungen aufgehoben, nicht aber in Ansehung des Grundstücks. Hier erfolgt die Aufhebung durch die Versteigerung und die Theilung des Erlöses. Zutreffend bemerkt danach Oertmann (Anm. 1 zu § 752), daß der Theilungsvertrag als solcher nur obligatorische Wirkung hat; er wirkt nicht gegen die Sondernachfolger, soweit er nicht die Theilung selbst, sondern nur eine Verpflichtung zur Vornahme einer Aufhebungsmaßregel enthält.

[15]) An sich tritt neben den Aufhebungsvertrag (das Verlangen der Aufhebung seitens eines Theilhabers und Zustimmung der übrigen) noch der Theilungsvertrag (Bestimmung der Maßregeln, durch welche die Aufhebung erfolgen soll). Thatsächlich werden beide Verträge oft zusammen fallen; der Theilungsvertrag wird ausdrücklich oder stillschweigend häufig den Aufhebungsvertrag enthalten. A. verlangt von dem Theilhaber B. Aufhebung der Gemeinschaft. Darauf schließen A. und B. einen Vertrag, durch den sie bestimmen, daß A. die gemeinschaftliche Sache, B. die gemeinschaftliche Forderung erhalten soll. Dieser Theilungsvertrag enthält stillschweigend auch den Aufhebungsvertrag. Bisweilen kann aber auch der selbständige Aufhebungsvertrag seine besondere Bedeutung haben, z. B. wenn das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, auf Zeit ausgeschlossen ist, der eine Theilhaber vorzeitig die Aufhebung verlangt und die übrigen sich damit einverstanden erklären. Dann können sie sich, wenn nunmehr die Aufhebung selbst gemäß den § 752 ff. erfolgen soll, nicht mehr darauf berufen, daß die vereinbarte Zeit noch nicht abgelaufen ist.

[16]) Diese Vorschriften haben also nur ergänzenden Charakter.

[17]) Auch hierüber wird häufig zunächst ein Theilungsvertrag geschlossen werden, der, soweit möglich, die Aufhebungsmaßregel für jeden gemeinschaftlichen Gegenstand enthält (siehe Anm. 14.) — Auf die Anfechtung von Theilungsverträgen und den Einfluß von Willensmängeln finden die allgemeinen Vorschriften (§§ 116 ff., 139) Anwendung (M. II S. 888, Planck Anm. 1 zu § 749). Ist bei der Aufhebung ein Gegenstand ungetheilt geblieben, so kann nicht deshalb allein der ganze Theilungsvertrag angefochten, sondern nur die nachträgliche Aufhebung der Gemeinschaft bezüglich dieses Gegenstandes verlangt werden (M. II S. 881). Anders wenn ein Theilhaber unberücksichtigt geblieben ist. Dann muß eine neue Theilung unter Berücksichtigung des Uebergangenen erfolgen (M. a. a. O).

sich aber hierüber nicht einigen, so kann jeder Theilhaber gegen die übrigen, soweit sie der vorgeschlagenen Art der Aufhebung nicht zustimmen, auf Vollzug der Aufhebung klagen. Der Kläger hat seinen Antrag nicht allgemein auf Aufhebung gemäß den §§ 752 ff. zu richten, indem er es dem Gericht überläßt, die Maßregeln im Einzelnen zu bestimmen, sondern er hat bezüglich eines jeden gemeinschaftlichen Gegenstandes eine bestimmte Maßregel zu beantragen. Das Gericht entscheidet sodann nach den Vorschriften der §§ 752 ff. Es kann nicht beliebige, sondern nur die in den §§ 752 ff. vorgeschriebenen Maßregeln anordnen, soweit sie vom Kläger beantragt sind. Das Gesetz selbst bestimmt in den §§ 752 ff. die Art der Theilung, das ergehende Urtheil ist nicht konstitutiver, sondern nur deklaratorischer Natur.[18])

§§ 752—754. 5. Die vom Gesetze bestimmten Aufhebungs-Maßregeln sind die folgenden:

a) Wenn der gemeinschaftliche Gegenstand oder, falls mehrere Gegenstände gemeinschaftlich sind, diese sich ohne Verminderung des Werthes in gleichartige, den Antheilen der Theilhaber entsprechende Theile zerlegen lassen, so erfolgt die Aufhebung der Gemeinschaft durch Theilung in Natur (§ 752 S. 1). Es ist nicht erforderlich, daß die Theile vollständig gleich, es genügt für die Theilung in Natur, daß sie gleichartig sind.[19]) Wenn durch die Zerlegung in Theile eine Verminderung des Werthes nicht stattfindet[20]), so schließt die Verletzung anderer berechtigter Interessen die Theilung in Natur nicht aus.[21]) Voraussetzung für diese ist, daß die Theile den Antheilen der Theilhaber entsprechen. Mit einer Theilung in Natur in der Art, daß einem Theilhaber ein dem Werthe nach seinen Antheil übersteigender Theil gegen die Verpflichtung zugewiesen wird, zur Ausgleichung an den anderen Theilhaber eine Geldzahlung zu leisten, braucht kein Theilhaber einverstanden zu sein.[22]) Die Vertheilung gleicher Theile unter die Theilhaber geschieht durch das Loos (§ 752 S. 2).[23]) — Liegen die Voraus-

---

[18]) Vgl. hierzu M. II S. 883 ff., DS. 133 ff., Planck Vorbem. II zu § 741, Oertmann Anm. 2 zu 752, Endemann I § 182 Anm. 11. Das BGB. weicht hier grundsätzlich vom gemeinen Rechte ab, nach welchem dem Richter bezüglich der Theilung eine besonders freie Stellung eingeräumt war. Er bestimmte nicht nur die Art der Theilung nach freiem Ermessen, ohne an die Anträge der Parteien gebunden zu sein, sondern er hatte auch die Befugniß, zum Vollzuge der von ihm gewählten Art unmittelbar durch seinen Spruch Rechte der Theilhaber zu übertragen, aufzuheben und zu schaffen. Die Theilung erfolgte durch konstitutives Theilungsurtheil (D. S. 133). Vgl. dagegen schon ALR. I, 1 zu § 87 ff.

[19]) Die Prot. (II S. 759) erwähnen den Fall, daß ein Werthpapier im Nominalbetrage von 2000 M. und vier gleichartige zum Nominalbetrage von je 500 M. gemeinschaftlich sind und der Kurswerth des ersteren und der letzteren der gleiche ist. Dann findet Theilung in Natur statt. Ein Theilhaber erhält das eine Werthpapier über 2000, der andere die 4 Werthpapiere über je 500 M.

[20]) Ein Schimmelgespann kann z. B. an sich sehr wohl in gleichartige Theile zerlegt werden, indem jeder Theilhaber ein Pferd erhält. Aber wenn auch jedes Pferd für sich den gleichen Werth hat, so tritt doch durch die Theilung eine Werthminderung ein, weil die beiden Schimmel als Gespann einen größeren Werth haben als beide zusammen, wenn jedes als Einspänner benutzt wird. Deshalb kann hier Verkauf und Theilung des Erlöses verlangt werden (§ 753).

[21]) Vgl. hierzu Prot. II S. 758. Die Theilung kann z. B. gegen öffentliche oder Familien-Interessen verstoßen. Die Theilung in Natur kommt hauptsächlich bei Geld in Betracht. Sie kann aber auch sonst vorkommen (siehe z. B. Anm. 19). Auch Grundstücke sind grundsätzlich von der Naturaltheilung nicht ausgeschlossen (vgl. M. II S. 884, Dernburg II § 371 III, 2), ebensowenig gemeinschaftliche Forderungen (vgl. hierzu Oertmann Anm. b zu § 754).

[22]) Vgl. Prot. II S. 758. A. M. Crome II § 287 Anm. 37.

[23]) Die „gleichen Theile“ des S. 2 des § 752 bilden nicht den Gegensatz zu den nur „gleichartigen“ des S. 1, sondern zu den ungleichen Theilen, die sich aus den ungleichen

setzungen für die Theilung in Natur vor, so ist jeder Theilhaber verpflichtet, alles dasjenige zu thun, was zur Uebertragung der Theile auf die einzelnen Theilhaber nach den gesetzlichen Vorschriften erforderlich ist. Erst mit der Bewirkung dieser Uebertragung ist die Theilung in Natur beendigt und erst damit die Gemeinschaft aufgehoben.[24])

b) Wenn die Theilung in Natur ausgeschlossen ist, d. h. wenn die Voraussetzungen zu a nicht vorliegen, so erfolgt die Aufhebung der Gemeinschaft durch Verkauf des gemeinschaftlichen Gegenstandes und durch Theilung des Erlöses. Der Verkauf ist nach den Vorschriften über den Pfandverkauf (§§ 1233 ff.)[25]), bei Grundstücken durch Zwangsversteigerung (ZVG. §§ 180—184)[26]) zu bewirken. Ist die Veräußerung an einen Dritten unstatthaft, z. B. in Folge der Anordnung eines Erblassers oder Schenkers[27]), so ist der Gegenstand unter den Theilhabern zu versteigern (§ 753 Abs. 1 S. 2). Wenn der Versuch, den Gegenstand zu verkaufen, keinen Erfolg hat, so kann jeder Theilhaber verlangen, daß der Versuch wiederholt wird; er hat jedoch die Kosten zu tragen, wenn der wiederholte Versuch mißlingt (§ 753 Abs. 2).

c) Auch für gemeinschaftliche Forderungen gilt in erster Reihe die Regel des § 752: sie sind unter dessen Voraussetzungen in Natur zu theilen.[28]) Ist aber die Theilung in Natur ausgeschlossen, so erfolgt die Aufhebung, wenn die Forderung bereits eingezogen werden kann, nicht durch Verkauf und Theilung

---

Antheilen an dem gemeinschaftlichen Gegenstand ergeben. Wenn die Antheile der Theilhaber gleich sind und daher bei der Theilung in Natur die gleichartigen Theile dem Werthe nach gleich sind, so geschieht die Vertheilung durch das Loos. So z. B. im Falle der Anm. 19 (vgl. auch Planck Anm. 2 c zu § 752). Sind die Antheile und dem entsprechend die Theile ungleich, können z. B. A. 6000 M., B. 3000 M. ihren Antheilen entsprechend in gleichartigen Werthpapieren erhalten, so bedarf es einer Vertheilung durch das Loos nicht.

[24]) Ein Grundstück oder ein Grundstücksantheil ist aufzulassen, eine bewegliche Sache zu übergeben, eine Forderung abzutreten. Vgl. auch RG. Bd. 52 S. 177 und unten § 207 Anm. 1 a. E. S. 807.

[25]) Nicht, wie nach E. I § 769 Abs. 2, nach den Vorschriften der CPO. über den Verkauf im Wege der Zwangsversteigerung. Vgl. KB. zu § 740 E. IV.

[26]) Ein vollstreckbarer Titel ist für die Zwangsversteigerung zum Zwecke der Aufhebung einer Gemeinschaft nicht erforderlich (ZVG. § 181 Abs. 1). — Wenn ein gemeinschaftliches Grundstück in anderer Weise zur Theilung gebracht werden soll, so kann dies nur auf Grund einer Vereinbarung der Theilhaber erfolgen. Dann kann aber der Eigenthumsübergang auf einen Theilhaber nicht durch Zuschlag, wie bei der Zwangsversteigerung, sondern nur durch Auflassung und Eintragung bewirkt werden; RG. Bd. 52 S. 174 ff., 177. — Wenn zur Zeit der Einleitung des Verfahrens die von den Theilhabern für den Ausschluß der Aufhebung der Gemeinschaft vereinbarte Frist noch nicht abgelaufen war, so können die übrigen Theilhaber gegen die Fortsetzung des Verfahrens Widerspruch erheben. Mit dem Ablaufe der Frist wird jedoch der Widerspruch grundlos und die Zwangsversteigerung zulässig. Das Verfahren ist fortzusetzen, nicht von neuem zu beginnen. RG. Bd. 47 S. 363.

[27]) Ein Beispiel siehe RG. Bd. 52 S. 174 ff. Vgl. auch §§ 2047 Abs. 2, 137 S. 2, 399.

[28]) Siehe oben Anm. 21. Die Voraussetzungen werden aber selten vorliegen. Zwar nicht deswegen, weil der Schuldner nur an alle Theilhaber gemeinsam zu leisten braucht, wie Oertmann Anm. 6 zu § 754 meint. Denn wenn die Forderung getheilt ist, ist der Schuldner berechtigt und verpflichtet, an die Einzelnen zu leisten. Aber bei der gemeinschaftlichen Einziehung ist das, was eingezogen wird, auf alle Theilhaber nach Maßgabe ihrer Antheile zu vertheilen, während bei der Theilung der Forderung möglicher Weise der eine voll befriedigt wird und der andere ausfällt. Daher wird regelmäßig in der Theilung eine Werthminderung liegen. — Irrig ist die Ansicht von Planck (Anm. zu § 754), bei Forderungen, welche eine theilbare Leistung zum Gegenstande haben, werde § 754 nur ausnahmsweise zur Anwendung kommen, da solche Forderungen nach der Regel des § 420 von vorneherein als getheilt gelten. Vgl. hierzu oben § 203 Anm. 10 S. 791.

des Erlöses, vielmehr kann jeder Theilhaber gemeinschaftliche Einziehung der Forderung verlangen (§ 754 S. 2).[29]) In Ansehung des eingezogenen Gegenstandes ist dann die Aufhebung der Gemeinschaft nach den Vorschriften der §§ 752, 753 zu bewirken. Nur wenn eine gemeinschaftliche Forderung noch nicht eingezogen werden kann, hat deren Verkauf gemäß §753 zu erfolgen. (§ 754 S. 1).[30])

§ 757. d) Wenn bei der Aufhebung der Gemeinschaft ein gemeinschaftlicher Gegenstand einem der Theilhaber zugetheilt wird, mag dies auf Grund eines von den Vorschriften der §§ 752 ff. abweichenden oder mit ihnen übereinstimmenden Theilungsvertrags oder durch Urtheil geschehen[31]), so hat wegen eines Mangels im Rechte oder wegen eines Mangels der Sache jeder der übrigen Theilhaber zu seinem Antheil in gleicher Weise wie ein Verkäufer Gewähr zu leisten (§ 757, vergl. §§ 434 ff., 459 ff.).[32])

6. Die Aufhebung der Gemeinschaft hat an sich nicht die Bedeutung einer Auseinandersetzung, welche die Berichtigung und Ausgleichung von Schulden umfaßt.[33]) Das Gesetz trifft jedoch nach zwei Richtungen hin Vorkehrungen zur Sicherung des einzelnen Theilhabers.

§ 755. a) Für die Verbindlichkeiten, welche die Theilhaber gemäß § 748 nach dem Verhältniß ihrer Antheile zu erfüllen haben oder die sie zum Zwecke der Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit eingegangen sind[34]), können sie nach außen in verschiedener Weise haften. Es kann nur ein Theilhaber verpflichtet sein oder es können alle zu bestimmten Antheilen oder auch als Gesammtschuldner haften. Ist Letzteres der Fall, so würde jeder Theilhaber auch nach Aufhebung der Gemeinschaft auf das Ganze in Anspruch genommen werden können, ohne daß er eine Sicherheit für seinen Ersatzanspruch gegen die übrigen Theilhaber hätte.[35]) Deshalb giebt ihm[36]) in diesem Falle das Gesetz das Recht, bei der Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, daß die Schuld aus dem gemeinschaftlichen Gegenstande berichtigt wird (§ 755 Abs. 1).[37]) Ist hierzu der Verkauf des gemeinschaftlichen Gegenstandes erforderlich, so hat er nach § 753 zu erfolgen (§ 755 Abs. 3). Der Anspruch aus § 755 kann auch gegen den Sondernachfolger geltend gemacht werden (§ 755 Abs. 2).[38])

§ 756. b) Wenn ein Theilhaber gegen einen anderen Theilhaber eine Forderung hat, die sich auf die Gemeinschaft gründet, d. h. eine Forderung, für

---

[29]) Soweit nämlich der einzelne Theilhaber allein zur Einziehung nicht berechtigt ist. Vgl. §§ 428, 432.

[30]) Auch diese Vorschrift ist nur ergänzender Natur. Wenn alle übereinstimmen, kann auch eine bereits einziehbare Forderung verkauft werden. Vgl. Neumann Anm. 1 zu § 754.

[31]) Siehe oben Anm. 14, 15, 17 und im Texte unter 4. Vgl. M. II S. 887 ff.

[32]) Wenn alle Theile in gleicher Art mangelhaft sind, findet eine Gewährleistung nicht statt. So zutreffend Oertmann Anm. 2 zu § 757, Dernburg II § 371 Anm. 8, Crome § 287 Anm. 79.

[33]) Vgl. M. II S. 879.

[34]) Ueber § 748 siehe oben § 203 unter 3, g S. 794. Vgl. Oertmann Anm. 1 zu § 755.

[35]) Vgl. D. S. 135 ff.

[36]) Nur dem Theilhaber, nicht dem dritten Gläubiger steht das Recht des § 755 zu.

[37]) Falls die Verbindlichkeit noch nicht fällig ist, kann jeder Theilhaber Hinterlegung verlangen. Oertmann Anm. 2, Fischer-Henle Anm. 2 zu § 755, Crome II § 287 Anm. 58.

[38]) Ob der Sondernachfolger in gutem Glauben ist oder nicht, ist auch hier unerheblich. Vgl. aber § 1010 Abs. 2. — Zu den Sondernachfolgern gehört auch der Gläubiger, welcher den Antheil im Wege der Zwangsvollstreckung gepfändet hat.

die sich die Haftung der übrigen Theilhaber ausschließlich daraus ergiebt, daß die Sache ihnen gemeinschaftlich gehört[39]), so kann er bei der Aufhebung der Gemeinschaft die Berichtigung seiner Forderung aus dem auf den Schuldner entfallenden Theile des gemeinschaftlichen Gegenstandes verlangen (§ 756 S. 1). Auch in diesem Falle hat der Verkauf des auf den Schuldner-Theilhaber entfallenden Gegenstandes, wenn er zur Berichtigung der Schuld erforderlich ist, nach § 753 zu erfolgen. Der Anspruch aus § 756 kann gleichfalls gegen die Sondernachfolger geltend gemacht werden (§ 756 S. 2).[40]) Im Konkurse des Schuldner-Theilhabers kann der Gläubiger-Theilhaber wegen der auf die Gemeinschaft sich gründenden Forderungen abgesonderte Befriedigung aus dem bei der Theilung ermittelten Antheile des Gemeinschuldners verlangen (KO. § 51) [41]).

§ 758.

7. Der Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft unterliegt nicht der Verjährung (§ 758). Die einzelnen auf der Gemeinschaft beruhenden Ansprüche (vgl. z. B. § 748) verjähren in 30 Jahren[42]).

Achtundzwanzigster Titel.

§ 205. Leibrente.

1. Ebensowenig wie das BGB. allgemeine Bestimmungen über die sog. gewagten Geschäfte überhaupt enthält,[1]) giebt es solche allgemeinen Vorschriften über den Vertrag, durch den sich Jemand verpflichtet, einem Anderen fortdauernde

---

[39]) So zutreffend OLG. Stuttgart in der DJZ. 1900 Nr. 23 S. 507. Dort ist als nicht unter § 756 fallend mit Recht ein Anspruch bezeichnet, der erst durch den Theilungsvertrag begründet worden ist. In Betracht kommen für § 756 namentlich die Ansprüche aus § 748.

[40]) Siehe Anm. 38.

[41]) Ueber die Bedeutung der Vorschrift des § 51 KO. siehe oben § 198 Anm. 37 S. 768.

[42]) Vgl. M. II S. 881, Dernburg II § 370 III, Fischer-Henle Anm. 3 zu § 758. — In der zweiten Lesung war der dem § 758 entsprechende § 768 E. I gestrichen worden, weil sein Inhalt, soweit er zutreffend sei, sich bereits aus § 749 Abs. 1 ergebe, der Satz aber in seiner Allgemeinheit nicht richtig sei. Prot. II S. 756 II. Trotzdem findet sich die Vorschrift bereits wieder im E. II § 694, E. III § 746.

[1]) Das BGB. enthält keine allgemeinen Bestimmungen über gewagte Geschäfte, giebt vielmehr nur einige spezielle Vorschriften über die praktisch wichtigsten Verträge dieser Art (§§ 759 ff., M. II S. 635, Endemann I § 187 Anm. 1). Die allgemeinen Grundsätze, welche das preußische Recht (ALR. Th. I Tit. 11 §§ 529 ff.) für gewagte Geschäfte aufstellte, enthielten im Grunde genommen auch keine Vorschrift, die von den für alle Verträge geltenden abwichen. Sie liefen im Wesentlichen darauf hinaus, daß gewagte Geschäfte im eminenten Sinne bonae fidei contractus sind (§§ 539 ff. a. a. O.). Derartige Vorschriften sind für das BGB. überflüssig. Die Grundsätze der §§ 157, 242 führen zu demselben Resultate. — Ueber die emtio spei und emtio rei speratae siehe oben § 129 unter 3 (S. 474). Hinsichtlich des Versicherungsrechts vgl. EG. Art. 75. — Der Altentheilsvertrag ist im BGB. nicht besonders geregelt (vgl. M. II S. 636, MEG. S. 186, Prot. VI S. 419). Durch den Art. 96 EG. sind die landesrechtlichen Vorschriften über den Altentheilsvertrag aufrecht erhalten, jedoch nur in beschränkter Weise. a) Der Vorbehalt betrifft nur denjenigen Altenheitsvertrag, der mit der Ueberlassung eines Grundstücks in Verbindung steht. Wird ein Altentheil (ein Leibgedinge, ein Auszug) überhaupt nicht durch Vertrag, sondern z. B. durch eine Verfügung von Todeswegen begründet, oder erfolgt die vertragsmäßige Begründung nicht in Verbindung mit der Ueberlassung eines Grundstücks, so greift der Vorbehalt nicht Platz, es kommen also die Vorschriften des BGB., insbesondere die für die Leibrente gegebenen, zur Anwendung. Gleichgültig ist jedoch, ob das Grundstück, welches überlassen wird, ein ländliches oder ein städtisches ist. Ebenso ist die Größe des überlassenen Grundstücks gleichgültig, auch die Ueberlassung eines Trennstücks genügt, um den Vorbehalt in Wirksamkeit zu setzen. A. M. Riedner, Kom-

Leistungen zu gewähren.[2]) Es enthält vielmehr nur einige Vorschriften über die Verpflichtung zur Gewährung einer Leibrente. Diese Vorschriften haben insofern einen allgemeinen Charakter, als sie auf alle Schuldverhältnisse zur Anwendung kommen, kraft deren Jemand zur Gewährung einer Leibrente verpflichtet ist, mag die Verpflichtung auf Vertrag, einseitigem Rechtsgeschäft unter Lebenden (z. B. Stiftung, Auslobung), Verfügung von Todeswegen oder Gesetz beruhen.[3])

§ 761. 2. Beruht die Verpflichtung zur Gewährung einer Leibrente auf einem entgeltlichen Vertrage, so kann die Gegenleistung in jeder beliebigen Leistung bestehen. Daß, wenn die Gegenleistung nicht in einer Summe Geldes, sondern in einem anderen Gegenstande (z. B. einem Grundstücke) besteht, die Parteien sich über deren Geldwerth einigen,[4]) ist nicht erforderlich. Beruht die Verpflichtung auf Vertrag, so muß das Versprechen — nicht auch die Annahme — schriftlich ertheilt werden, soweit nicht aus anderen Gründen, z. B. bei einer Schenkung (§ 518) oder weil der Berechtigte sich zur Uebertragung seines

---

mentar zum EG. Anm. 5 zu Art. 96, im Anschluß an MEG. S. 187. Aber gerade um jede begriffliche Einschränkung auszuschließen, ist das Wort „Gut" im Art. 59 des E. eines EG. durch das Wort „Grundstück" ersetzt worden. Prot. VI S. 419 Stranz-Gerhard Anm. 5 zu Art. 15. b) Die landesgesetzlichen Vorschriften sind ferner nur insoweit aufrecht erhalten, als sie das sich aus dem Vertrag ergebende Schuldverhältniß, also das obligatorische Verhältniß der Parteien zu einander regeln. Soweit es sich im Anschluß an den Altentheilsvertrag um die Begründung dinglicher Rechte handelt, kommen lediglich die Vorschriften des BGB. zur Anwendung. Das Altentheil ist also nicht mehr, wie bisher für das preußische Recht angenommen wurde (RG. Bd. 27 S. 231), an sich ein dingliches Recht, das nur zur Wirksamkeit gegen Dritte der Eintragung bedarf, es kann vielmehr die Kraft eines dinglichen Rechtes nur in Gemäßheit des § 873 erlangen. Im pr. AG. z. BGB. Art. 15 § 1 ist daher bestimmt, daß der Erwerber des Grundstücks auch ohne besondere Vereinbarung verpflichtet ist, dem Berechtigten für die Altentheilsberechtigungen ein dingliches Recht am Grundstücke (Reallast, persönliche Dienstbarkeit) zu bestellen. Stranz-Gerhard Anm. 10 a. a. O. — Für die Form des durch den Vorbehalt betroffenen Altentheilsvertrags ist § 313 maßgebend. Endlich sind nur diejenigen landesgesetzlichen Vorschriften aufrecht erhalten, welche das obligatorische Verhältniß der Parteien für den Fall regeln, daß nicht besondere Vereinbarungen getroffen werden. Zwingende Vorschriften sind beseitigt und können auch von der Landesgesetzgebung nicht gegeben werden. Sollte ein Landesgesetz eine zwingende Vorschrift über das Schuldverhältniß enthalten, so ist anzunehmen, daß nur ihr zwingender Charakter beseitigt ist, daß aber die Vorschrift selbst als dispositive weiter besteht. Eine weitere Beschränkung für die Wirksamkeit des Vorbehalts ist im Gesetze nicht aufgestellt, insbesondere liegt dem Art. 96 kein bestimmter Begriff des Altentheilsvertrags zu Grunde. Für die Anwendbarkeit der Landesgesetze ist es also gleichgültig, ob das Altentheil gerade auf die Lebenszeit des Berechtigten oder für einen anderen Zeitraum festgesetzt ist, ferner ändert es an der Natur des Vertrags nichts, wenn neben dem Veräußerer des Grundstücks noch andere Personen, insbesondere dessen Ehegatte, am Altentheile berechtigt sind. Wesentlich erscheint nur, daß dem Veräußerer des Grundstücks zum Zwecke seiner Versorgung fortlaufende Prästationen und Nutzungsrechte, welche auf dem Grundstücke dinglich lasten sollen, versprochen sind. — In Preußen ist von dem Vorbehalte des EG. Art. 96 insofern Gebrauch gemacht, als im Art. 15 des preuß. Ausf. Ges. zum BGB. einige Auslegungsregeln für das Schuldverhältniß der Parteien gegeben sind.

[2]) Vgl. M. II S. 636.

[3]) In den Fällen, in denen im BGB. die Verpflichtung zur Entrichtung einer Rente vorgeschrieben ist, ist in der Regel die Anwendung des § 760 besonders bestimmt (§§ 528 Abs. 1, 843 Abs. 2, 844 Abs. 2, 845, 1361 Abs. 1, 1580 Abs. 1, 1612 Abs. 3, 1710 Abs. 1). Ferner ist im § 7 des Haftpflichtgesetzes der § 843 Abs. 2 bis 4, also auch der § 766, für anwendbar erklärt. EG. Art. 42. Dagegen enthält Spezialvorschriften der § 1710 (vgl. auch §§ 912 ff.). Ist durch Vertrag die Gewährung einer Leibrente an einen Dritten vereinbart worden, so kommen die Grundsätze über das Versprechen der Leistung an einen Dritten (§§ 328 ff.) zur Anwendung.

[4]) Wie es im preußischen Rechte vorgeschrieben war. ALR. I, 11 §§ 607, 608.

Vermögens (§ 311) oder des Eigenthums an einem Grundstücke (§ 313) verpflichtet, eine strengere Form erforderlich ist (§ 761).

§ 759. 3. Auch die Leibrente kann Geld oder andere Leistungen zum Gegenstande haben (vgl. § 760 Abs. 2). In ihrem Begriffe liegt es, daß sie in regelmäßig wiederkehrenden Leistungen besteht; diese sind im Zweifel für die Lebensdauer des Gläubigers zu entrichten. Es ist selbstverständlich zulässig, daß eine andere Dauer für die Entrichtung der Rente bestimmt wird, z. B. die Lebensdauer des Schuldners oder eines Dritten oder auch ein nicht nach der Lebensdauer eines Menschen bestimmter Zeitraum, aber auch in diesem Falle greift die gesetzliche Auslegungsregel Platz, daß die Verpflichtung zur Entrichtung der Leibrente mit dem früheren Ableben des Gläubigers endet[5]). Ist bei Bestimmung der Rente nur der Betrag und nicht auch der Zeitraum, auf welchen dieser Betrag sich bezieht, angegeben, so ist der Betrag im Zweifel der Jahresbetrag der Rente[6]). Sind mehrere Personen Gläubiger der Rente, so ist, wenn nichts Anderes bestimmt ist, jeder zu einem gleichen Antheile berechtigt. (§ 420). Mit dem Tode eines Berechtigten fällt im Zweifel sein Antheil fort (§ 759 Abs. 1), falls nicht besonders bestimmt ist, daß der Antheil eines wegfallenden Gläubigers den anderen zuwachsen soll (sog. Tontinenvertrag)[7]).

§ 760. 4. Die Leibrente ist in der Regel zum Unterhalte des Berechtigten bestimmt. Sie ist deswegen im voraus zu entrichten, und zwar eine Geldrente für drei Monate[8]), eine andere Rente für den Zeitabschnitt, der sich aus der Beschaffenheit des Gegenstandes der Rente und dem Zwecke ergiebt, zu dem die Leistung erfolgt. Hat der Berechtigte den Beginn des Zeitraums erlebt, für welchen, sei es nach der gesetzlichen Vorschrift, sei es nach der Bestimmung der Parteien, die Rente im voraus zu entrichten ist, so ist der ganze auf diesen Zeitraum entfallende Betrag zu entrichten.

5. Das BGB. enthält keine besonderen Bestimmungen über die Gründe, aus denen die Rente erlischt, so daß die allgemeinen Grundsätze Platz greifen[9]). Es ist Folgendes zu bemerken: Daß die Verpflichtung zur Entrichtung der Leibrente nicht nur mit dem natürlichen, sondern auch dem gewaltsamen Tode des Berechtigten oder des Dritten, für dessen Lebensdauer die Rente zu entrichten ist, erlischt, folgt aus der Vorschrift des § 759 Abs. 1. — Hat der Schuldner den Tod des Berechtigten oder des Dritten schuldhafter Weise verursacht oder hat der Schuldner, falls für seine Lebensdauer die Rente zu entrichten ist, das Leben durch Selbstmord oder verwirkte Todesstrafe verloren, so endet an sich gleichfalls das Recht auf die Leibrente. Eine dem früheren preußischen Rechte entsprechende Vorschrift, daß in diesen Fällen die für die Leibrente bewirkte Gegenleistung zurückgewährt werden müsse, hat das BGB. nicht. Auch eine

---

[5]) Es kann auch bestimmt sein, daß die Rente während der ganzen vereinbarten Zeit, also nach dem Tode des Gläubigers an dessen Erben zu entrichten ist. Man kann dann freilich kaum noch von einer Leibrente sprechen. Vgl. M. II S. 638, Planck Anm. 1a zu § 759. Bei der Schenkung einer Leibrente kommt außerdem § 520 in Betracht; nach dieser Vorschrift erlischt im Zweifel die Verpflichtung auch mit dem Tode des Geschenkgebers.

[6]) Diese gesetzliche Auslegungsregel hat ihren Grund darin, daß die besondere Bezeichnung der Zeitperiode häufig fehlt; z. B. es bestimmt Jemand in seinem Testament: A. soll eine lebenslängliche Rente von 500 Mark erhalten.

[7]) Vgl. KB. zu § 746 E. II, Leske S. 301.

[8]) Die drei Monate sind nicht das Kalenderquartal, sie berechnen sich nach dem Tage, an welchem die erste Rente zu entrichten ist.

[9]) Rücksichtlich der Verjährung s. § 197.

Verletzung vertraglicher Pflichten, die einen Schadensersatzanspruch begründen könnte, liegt nicht vor. In Frage kommt aber, ob sich deswegen, weil der Schuldner das vorzeitige Erlöschen der Rente herbeigeführt hat, ein Schadensersatzanspruch auf die Vorschriften über die Haftung für unerlaubte Handlungen stützen läßt. In dem Falle, daß der Schuldner den Tod des Gläubigers veranlaßt hat, wird man auch diese Frage verneinen müssen, und zwar vor allem aus dem Grunde, weil den Erben des Gläubigers ein Schaden nicht entstanden ist.[10]) Es verbleibt also einem Dritten nur der im § 844 allgemein im Falle einer Tödtung gegebene Anspruch. Wenn der Schuldner den Dritten, für dessen Lebenszeit die Rente zu entrichten ist, getödtet oder wenn er in dem Falle, daß die Gewährung der Rente an sein Leben geknüpft ist, durch Selbstmord oder verwirkte Todesstrafe sein Leben verloren hat, so kann unter Umständen der Rentengläubiger nach Maßgabe der Vorschriften über die Haftung für unerlaubte Handlungen, insbesondere nach § 826, sofern dessen Voraussetzungen vorliegen, Schadensersatz und als solchen die Fortgewährung der Rente während der muthmaßlichen Lebensdauer des Dritten oder des Schuldners verlangen[11]). Auch für den Fall, daß der Leibrentenvertrag auflösend bedingt ist, und für die Anfechtung eines Leibrentenvertrags gilt nichts von den allgemeinen Grundsätzen Abweichendes. Endlich giebt das BGB. keine besonderen Vorschriften über die Folgen, welche eintreten, wenn der Schuldner seine Verpflichtung zur Entrichtung der Rente nicht erfüllt. Auch hier greifen die allgemeinen Grundsätze Platz, insbesondere stehen dem Gläubiger, wenn die Leibrente auf einem gegenseitigen Vertrage beruht, die Rechte des § 326 zu.

Neunundzwanzigster Titel.

Spiel, Wette.

§ 206. Spiel und Wette.

§ 762. 1. Das BGB. behandelt das Spiel und die Wette vollständig gleich[1]). Durch beide Geschäfte wird zwar eine Verbindlichkeit nicht begründet, es kann

---

[10]) A. M. Dernburg II § 201 unter VI. Die Motive (II S. 641) stehen in Wahrheit nicht auf einem anderen Standpunkte. Sie sagen allerdings, daß die Rechtsnormen über die Vertretung unerlaubter Handlungen die nöthige Aushülfe gewähren, fügen aber hinzu, daß für den Fall der Tödtung des Rentengläubigers, an dessen Leben die Rente geknüpft ist, die Vorschriften der §§ 704 Abs. 2, 722 Abs. 2 eingreifen. Der im § 722 Abs. 2 E. I den Erben des Getödteten gegebene Anspruch, der allerdings hier Platz gegriffen hätte, ist aber in das BGB. nicht aufgenommen worden. (Vergl. M. II S. 776 ff., Prot. II S. 616 ff., ferner Josef in Gruchot Bd. 41 S. 306.)

[11]) Nach Planck (Anm. 1c zu § 759) kann auch § 162 zur Anwendung gebracht werden. Oertmann (Anm. 1 zu § 759) verweist auch auf die §§ 275, 276. Josef a. a. O. hält den Rücktritt aus § 325 für zulässig.

[1]) Anders das preußische Recht (ALR. I 11, §§ 577 und 579). Die Frage, wie Spiel und Wette begrifflich gegen einander abzugrenzen sind, hat in Folge dieser Gleichstellung ihre praktische Bedeutung verloren. Vergl. zu dieser Frage Planck Vorbem. I S. 501, Endemann I § 187 Anm. 2 ff., Eccius II § 133 unter III, RG. in St. S. Bd. 6 S. 172, 421, Bd. 7 S. 21. Nach der überwiegend als richtig angenommenen Ansicht besteht der Unterschied darin, daß beim Spiele jedes höhere, sittliche Moment fehlt, die Absicht der Parteien lediglich auf Gewinn, Zeitvertreib, Befriedigung der Spiellust gerichtet ist, während bei der Wette die Absicht vorliegt, die Richtigkeit einer aufgestellten Behauptung dadurch zu bekräftigen, daß man sich für den Fall des Unterliegens einem vermögensrechtlichen Nachtheil aussetzt.

aber das auf Grund dieser Verträge Geleistete nicht deswegen zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat.

2. Da durch Spiel und Wette eine Verbindlichkeit nicht begründet wird, so hat keine der Parteien gegen die andere einen klagbaren Anspruch weder auf den Einsatz noch auf den Gewinn noch auf die Entwickelung einer zur Herbeiführung des Resultats erforderlichen Thätigkeit noch auf das Interesse oder eine Vertragsstrafe wegen Nichterfüllung des Vertrags. Eine auf Spiel oder Wette gegründete Klage ist von Amtswegen abzuweisen, auch wenn der Beklagte das Nichtbestehen der Verbindlichkeit nicht geltend macht[2]). Auch dadurch wird eine Verbindlichkeit nicht begründet, daß der Verlierer dem Gewinner gegenüber[3]) zum Zwecke der Erfüllung der Schuld eine Verbindlichkeit irgend einer Art, z. B. eine Wechselverbindlichkeit[4]), eingeht oder ein abstraktes Schuldversprechen (§ 780) oder Schuldanerkenntniß (§ 781) abgiebt (§ 762 Abs. 2)[5]). Eine Forderung aus Spiel oder Wette ist auch zur Aufrechnung nicht geeignet. Wohl aber ist der Verlierer, der eine ihm gegen den Gewinner zustehende Forderung gegen die Spiel- oder Wettschuld aufrechnet, an diese Aufrechnung gebunden[6]). Ebenso ist, wenn die Parteien vertraglich vereinbart haben, daß die Spielschuld gegen eine Forderung des Verlierers an den Gewinner aufgerechnet werden solle, der Verlierer an diesen Aufrechnungsvertrag gebunden[7]). Es

---

[2]) Es handelt sich also nicht um eine Einrede im eigentlichen Sinne. Stellt sich das klagend geltend gemachte Rechtsgeschäft nicht erkennbar als Spiel oder Wette dar, so ist es selbstverständlich Sache des Beklagten, diesen Charakter des Rechtsgeschäfts geltend zu machen und zu beweisen. Vgl. Planck Anm. 1 b zu § 762, Oertmann Anm. 3 zu § 762.

[3]) Die Eingehung einer Verbindlichkeit einem Dritten gegenüber fällt nicht unter die Vorschrift des § 762 Abs. 2 (vgl. insbes. Prot. II S. 802—803), es sei denn, daß der Dritte nur zur Umgehung des Gesetzes vorgeschoben worden ist. Vgl. Neumann Anm. 3 zu § 762.

[4]) Begiebt der Empfänger des Wechsels diesen an einen Dritten, dem der Verlierer den ihm gegen den Nehmer des Wechsels zustehenden Einwand nicht entgegensetzen kann, so ist der Nehmer des Wechsels, falls er diesen begeben hat, um dem Verlierer den Einwand abzuschneiden, aus § 826 schadensersatzpflichtig oder, falls die Begebung nicht in dieser Absicht erfolgt ist, nach § 812 zur Herausgabe der von dem Indossatar empfangenen Valuta verpflichtet. RG. i. JW. 1902 Beil. 9 Nr. 137.

[5]) Vgl. Oertmann Anm. 3 zu § 762, Kuhlenbeck Anm. 3 zu § 762. Bei einem Vergleich ist zu unterscheiden, worin der Streit oder die Ungewißheit der Parteien (§ 779) bestand. Streiten sie z. B. darüber, ob ein klagloses Differenzgeschäft im Sinne des § 764 vorliegt oder nicht, so erzeugt ein zur Beilegung dieses Streites geschlossener Vergleich eine Verbindlichkeit für den Schuldner, denn er verpflichtet sich nicht, eine Spiel- oder Wettschuld zu erfüllen. Sind dagegen die Parteien darüber einig, daß eine Spiel- oder Wettschuld vorliegt und vergleichen sie sich nur über die Höhe der Schuld oder die Art und Weise der Tilgung, so greift § 762 Abs. 2 Platz. Vgl. Planck Anm. 1a zu § 762. Weiter geht anscheinend RG. in Bd. 37 S. 416 ff., dagegen RG. in Gruchot Bd. 42 S. 120, ferner JW. 1902 Beil. S. 264, RG. Bd. 49 S. 192 ff.

[6]) Vgl. oben § 112 unter 4 (S. 426). Der § 387 verlangt, daß der Aufrechnende „die ihm obliegende Leistung bewirken kann". Diesem Erfordernisse ist hier genügt, da der Verlierer seine Spielschuld mit rechtlicher Wirksamkeit erfüllen kann.

[7]) Vergl. RG. Bd. I S. 129 ff. und insbesondere RG. bei Gruchot Bd. 42 S. 121 ff. — Vgl. ferner über die vertragsmäßige Aufrechnung RG. in JW. 1903 S. 123 unter 4. In dieser Entscheidung ist angenommen, daß, wenn Parteien mit einander in laufender Rechnung im Sinne des § 355 HGB. stehen, durch Zusendung der Buchauszüge von der einen und deren — auch stillschweigende — Anerkennung von der anderen Seite ein Aufrechnungsvertrag zu Stande kommt, so daß die von dem Verlierer geleisteten in dem Auszug enthaltenen Akontozahlungen zu endgültigen Leistungen auf die Spielschuld werden und deshalb nicht zurückgefordert werden können.

kann ferner für eine Spiel- oder Wettschuld nicht in gültiger Weise ein Pfandrecht bestellt oder eine Bürgschaft übernommen werden[8]).

3. Die Rückforderung des auf Grund des Spieles oder der Wette Geleisteten ist ausgeschlossen, gleichgültig, ob der Leistende die Unverbindlichkeit der Schuld gekannt hat oder nicht[9]). Auch darauf kommt es nicht an, wann die Leistung erfolgt ist, ob vor oder nach der Entscheidung des Spieles oder der Wette[10]). Die Leistung vor der Entscheidung ist naturgemäß eine bedingte, sie ist davon abhängig, daß derjenige, an den geleistet worden ist, gewinnt. Tritt diese Bedingung nicht ein, so kann das Geleistete zurückgefordert werden[11]). Hat eine Hingabe an Erfüllungsstatt stattgefunden, so ist auch diese vollwirksam[12]), sie begründet insbesondere die Gewährleistungspflicht in Gemäßheit des § 365. Einem solchen Gewährleistungsanspruche kann der Schuldner nicht mit Erfolg den Einwand entgegensetzen, die ursprüngliche Schuld, für welche er die Sache oder das Recht an Erfüllungsstatt gegeben habe, rühre aus Spiel oder Wette her[13]).

---

[8]) Vgl. Planck Anm. 1a zu § 762. Doch gilt der Satz 2 des § 762 Abs. 1 auch für den Bürgen, da es nicht darauf ankommt, wer leistet. — In RG. Bd. 40 S. 256 ff. ist angenommen, daß ein Auftrag zu Spiel oder Wette nicht die Verpflichtung zur Ausführung des Auftrags und daher keine Interesseforderung wegen Nichterfüllung des Auftrags begründet. Dasselbe ist auch für das BGB. anzunehmen. Daß der Beauftragte, wenn er den Auftrag ausgeführt hat, zur Auszahlung des eingezogenen Gewinnes verpflichtet ist, ist selbstverständlich. RG. Bd. 40 S. 256 ff., Bd. 51 S. 156 ff.

[9]) Auch wenn der Leistende, z. B. der Erbe des Verlierers, nicht gewußt hat, daß er eine Spielschuld bezahle, kann er nicht zurückfordern. Vgl. M. II S. 644.

[10]) Vgl. M. II S. 645. Es liegt hierin eine wichtige Abweichung vom preuß. Rechte. Aus der Fassung des § 578 I 11 ALR., daß dasjenige nicht zurückgefordert werden kann, was verloren und wirklich bezahlt worden ist, hat das RG. gefolgert, daß diese Vorschrift einen bereits eingetretenen Spielverlust voraussetze, sich also auf eine Leistung auf eine künftige Schuld aus Spiel, Wette, Differenzgeschäft nicht beziehe. Vgl. RG. bei Gruchot Bd. 40 S. 121, und insbes. Bd. 38 S. 238, 239. Dies ist nach BGB. nicht mehr als zutreffend anzusehen. — Nach § 579 I 11 ALR. ist eine Wette klagbar, wenn die Wettsumme sogleich baar gesetzt und gerichtlich oder bei einem Dritten niedergelegt worden ist. Nach dem BGB. kann die Hinterlegung der Wettsumme eine Bedeutung nur haben, wenn sie eine Leistung im Sinne des § 762 Abs. 1 S. 2 darstellt. Der Hinterlegung bei einem Dritten mit dem Auftrage, die Summe an den Gewinner auszuzahlen, kommt eine solche Bedeutung nicht zu. Im Falle der gerichtlichen Hinterlegung des § 372 nimmt Oertmann (Anm. 1a zu § 762) an, daß eine wirkliche Leistung dann vorliegt, wenn die Hinterlegung nicht rücknehmbar ist. Diese Ansicht dürfte zu weit gehen. Man wird vielmehr annehmen müssen, daß eine definitive nicht mehr kondizierbare Leistung nur dann vorliegt, wenn der Hinterleger auf das Rücknahmerecht verzichtet hat. (§ 376 Ziffer 1). Hat er dies nicht gethan, sich also die Rücknahme offen gehalten, so kann der andere Theil nicht dadurch, daß er der Hinterlegungsstelle gegenüber die Annahme erklärt (§ 376 Ziff. 2), der Hinterlegung der Spiel- oder Wettsumme den Charakter einer definitiven nach § 762 Abs. 1 nicht zurückforderbaren Leistung geben.

[11]) Vgl. Oertmann Anm. 1b zu § 762. Entschließt sich der Leistende die seinerseits zur Herbeiführung des Resultats erforderliche Thätigkeit nicht zu entfalten, so kann er gleichfalls zurückfordern. Der Ansicht Oertmanns, daß dieser Rückforderung die Einrede der Arglist, unter Umständen § 162, entgegenstehe, kann nicht beigestimmt werden. Man handelt nicht wider Treu und Glauben, wenn man eine vom Rechte nicht anerkannte Verbindlichkeit nicht erfüllt. Vgl. Planck Anm. 2b zu § 762, M. II S. 645.

[12]) In dem RG. Bd. 47 S. 48 ff. entschiedenen Falle liegt in Wirklichkeit eine Hingabe an Erfüllungsstatt, welche das Schuldverhältniß zum Erlöschen brachte (§ 364), nicht vor, es ist vielmehr nur dem Gläubiger für die klaglose Forderung eine Hypothek bestellt worden.

[13]) Vgl. Prot. II S. 801. RG. in JW. 1899 S. 59 Nr. 84.

4. Die Rückforderung kann jedoch nur auf den Grund nicht gestützt werden, daß durch Spiel und Wette eine Verbindlichkeit nicht begründet werde (§ 762 Abs. 1 S. 2). Aus anderen Gründen ist die Rückforderung des Geleisteten zulässig. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Vertrag wegen mangelnder Geschäftsfähigkeit, wegen eines Verstoßes gegen die guten Sitten (§ 138 Abs. 1) oder ein gesetzliches Verbot (§ 134 Abs. 1)[14]) unverbindlich ist (§ 817) oder sich der Empfänger der Leistung eines Betruges schuldig gemacht hat[15]).

5. Darlehne, welche zum Zwecke des Spieles oder der Wette oder zur Bezahlung des Verlusts gegeben worden sind, begründen eine wirksame Schuldverbindlichkeit. Jedoch wird im einzelnen Falle zu untersuchen sein, ob nicht in der Gewährung eines Darlehens zum Zwecke des Spieles durch einen Mitspieler, den Bankhalter oder einen von diesen Personen benutzten Mittelsmann eine Umgehung der Vorschrift des § 762 Abs. 1 Satz 1 zu finden sei[16]).

§ 207. Der Lotterie- und Ausspiel-Vertrag[1]).

1. Das BGB. behandelt den Lotterievertrag als eine Unterart des **§ 763.**

[14]) Gesetzliche Spielverbote enthalten z. B. die §§ 284, 285, 360 Ziffer 14 StGB. Aus diesen Strafbestimmungen folgt jedoch nicht ohne Weiteres auch die Nichtigkeit des Spielvertrags (vgl. oben § 43 unter 2 (S. 174) M. II S. 644). Im Falle des § 284 StGB. wird anzunehmen sein, daß der gewerbsmäßige Glücksspieler durch das Spielen, also auch durch die Annahme der Leistung, gegen ein gesetzliches Verbot verstößt und daher nach § 817 zur Herausgabe verpflichtet ist. Nicht dagegen ist dies bei seinem Mitspieler der Fall, bei dem der Thatbestand des § 284 nicht vorliegt. Die Strafvorschrift des § 285 richtet sich überhaupt nicht gegen das Spielen, sondern gegen die Gestattung von Glücksspielen, die Vorschrift des § 360 Ziffer 14 hat mehr einen polizeilichen Charakter. Vgl. Planck Vorbem. II zu § 762, Cosack I § 156 unter 4.

[15]) Vgl. M. II S. 645, 646. — Nach § 580 I 11 ALR. war die Wette ungültig, wenn ein Theil von der Gewißheit unterrichtet war und dieses dem anderen Theile nicht angezeigt hat. Dies wird auch nach dem BGB. der Fall sein, jedoch nur dann, wenn in der unterlassenen Anzeige, in dem Verschweigen, eine Unredlichkeit zu finden ist, was durchaus nicht immer der Fall zu sein braucht. Vgl. M. II S. 646.

[16]) Vgl. M. II S. 646, Prot. II S. 795—799, KB. zu §§ 748—749 a E. III, Planck Vorbem. III zu § 762, Dernburg II § 212 unter III, ROHG. Bd. 25 S. 290, 291, Endemann I § 187 Anm. 10.

[1]) Ueber den Begriff des Lotterievertrags vgl. RG. Bd. 14 S. 85, 86, Bd. 18 S. 81, RG. in Straff. Bd. 16 S. 83, Endemann I § 188. Der praktisch irrelevante Unterschied zwischen Ausspielung und Lotterie besteht darin, daß der Gegenstand der ersteren bewegliche oder unbewegliche Sachen sind (vgl. § 281 Abs. 2 StGB.), während unter Lotterie (im engeren Sinne) Geldlotterien verstanden werden. Vgl. Endemann I § 188 Anm. 9, Dernburg § 214 unter I. In unserer Darstellung wird unter Lotterievertrag immer die Ausspielung mitverstanden. — Nicht um einen Lotterievertrag handelt es sich bei dem Gebrauche des Looses als eines Mittels zur Entscheidung zweifelhafter Angelegenheiten. Dieser Gebrauch des Looses ist auch dem BGB. bekannt, und zwar dient das Loos bei der Auslobung in einem bestimmten Falle zur Entscheidung, wer die Belohnung erhalten soll (§ 659 Abs. 2), ferner werden bei der Theilung theilbarer Sachen gleiche Theile unter die Theilhaber durch das Loos vertheilt (§ 752). Die Vorschrift des § 752 findet insbesondere auch bei der Erbengemeinschaft Anwendung (§ 2042 Abs. 2), auch steht der analogen Anwendung der §§ 659, 752 in anderen ähnlichen Fällen nichts entgegen. Auch sonst können die Parteien vereinbaren, daß eine zwischen ihnen streitige oder zweifelhafte Angelegenheit durch das Loos entschieden werden soll. Eine dem Landrechte (§ 573 I 18) entsprechende Vorschrift, daß, sobald die Entscheidung durch das Loos geschehen ist, das Eigenthum auf den Gewinner übergeht, kennt das BGB. nicht. Vielmehr wird, insbesondere im Falle des § 752, durch die Entscheidung durch das Loos für die Theilhaber nur die obligatorische Verpflichtung begründet, einander die Theile zu übereignen und es kommen auf den Eigenthumsübergang selbst die allgemeinen Vorschriften zur Anwendung, vgl. Planck Anm. 2 c zu § 752 und oben § 204 Anm. 24.

Spieles[2]). Es unterscheidet zwischen staatlich genehmigten und nicht genehmigten Lotterien und erklärt im ersteren Falle den Lotterievertrag für verbindlich, während im anderen Falle die Vorschriften über den Spielvertrag zur Anwendung kommen.

2. Welche Lotterien der staatlichen Genehmigung bedürfen, ergiebt sich aus der Strafbestimmung des § 286 StGB., nach welcher die Veranstaltung einer öffentlichen Lotterie ohne obrigkeitliche Erlaubniß verboten ist. Aber nicht darauf kommt es für die zivilrechtliche Wirkung des Lotterievertrags an, ob die staatliche Genehmigung erforderlich ist, sondern ob sie ertheilt ist. Handelt es sich also um eine dieser Genehmigung nicht bedürfende nur für einen geschlossenen Kreis von Theilnehmern veranstaltete Privatlotterie, so unterliegt doch der Lotterievertrag den für das Spiel gegebenen Vorschriften (§ 763 S. 2).

3. Ist die Lotterie staatlich genehmigt[3]), so ist der Lotterievertrag zivilrechtlich in jeder Beziehung verbindlich. Wenn auch nicht angenommen werden kann, daß durch diese rein zivilrechtliche Bestimmung die Strafvorschriften, die in einzelnen Bundesstaaten gegen das Spielen in auswärtigen Lotterien erlassen sind (vgl. für Preußen das Ges. vom 29. Juli 1885), aufgehoben sind, so kann doch diesen Strafbestimmungen irgend eine Wirkung für die zivilrechtliche Gültigkeit der Lotterieverträge nicht mehr beigelegt werden. Die in einem Bundesstaate ertheilte Genehmigung einer Lotterie macht den Lotterievertrag im ganzen Reiche zu einem verbindlichen[4]).

4. Ueber die Rechte und Pflichten der Parteien aus einem verbindlichen Lotterievertrag enthält das Gesetz keine Vorschriften. Es sind an erster Stelle die zwischen den Parteien vereinbarten Bestimmungen des Vertrags und in deren Ergänzung die allgemeinen Grundsätze über Verträge maßgebend. Ist, was in der Regel der Fall ist, ein Spielplan bekannt gemacht, so bildet dieser

---

[2]) Dies kommt dadurch zum Ausdrucke, daß im 17. Titel, der die Ueberschrift: Spiel und Wette trägt, als Unterarten das Spiel und die Wette im eigentlichen Sinne, der Lotterie- und Ausspielvertrag und das Differenzgeschäft behandelt sind. Ob also begrifflich der Lotterievertrag vom Spiele verschieden ist, ist praktisch ohne Bedeutung. Vgl. M. II S. 648.

[3]) Ueber die Ertheilung der Genehmigung entscheidet das Landesrecht. Vgl. Endemann I § 188 unter 4, Neumann Anm. 4 zu § 763, Dernburg § 214 Anm. 4.

[4]) Vgl. Endemann I § 188 Anm. 25. Derselbe in der DJZ. 1898 S. 51 ff., Planck Anm. 2b zu § 763, Oertmann Anm. 1 zu § 763, Kuhlenbeck Anm. 4 zu § 763, RG. Bd. 48 S. 175 ff. Die entgegengesetzte Ansicht (Cosack I § 157 unter 2.), daß die von einem Bundesstaat ertheilte Genehmigung die Lotterie nur für diesen Bundesstaat zu einer erlaubten mache, daß also trotz der Genehmigung für andere Bundesstaaten eine nicht genehmigte Lotterie vorliege und daher, falls in diesem anderen Bundesstaate Strafbestimmungen gegen die Theilnehmer an solchen Lotterien bestehen, der Lotterievertrag nach § 134 zu beurtheilen sei, widerspricht dem klaren Wortlaute des § 763 Abs. 1: Ist die Lotterie staatlich, d. h. von einem Bundesstaate genehmigt, so ist der Lotterievertrag verbindlich, natürlich überall, wo das BGB. gilt. Kein Landesgesetz kann diese reichsgesetzlich sanktionierte Verbindlichkeit territorial beschränken. — Zu weit geht allerdings Endemann a. a. O. (dem sich Oertmann a. a. O. anschließt), wenn er daraus folgert, daß die in Rede stehenden landesrechtlichen Strafbestimmungen nunmehr überhaupt rechtsunwirksam seien. (Für das preuß. Ges. v. 29. Juli 1885 hat das Kammergericht entschieden, daß es durch das BGB. nicht berührt wird. Jahrb. d. Entsch. d. KG. Bd. 21 S. C. 51.) Die zivilrechtliche Gültigkeit eines Geschäfts bedingt nicht nothwendiger Weise seine Straflosigkeit, wie ja umgekehrt die Strafbarkeit der Vornahme eines Geschäfts nicht immer dessen Nichtigkeit zur Folge hat (vgl. oben § 134 unter 2 S. 174). Allerdings ist es ein wenig befriedigendes Resultat, daß das Spielen in einer auswärtigen Lotterie zwar zivilrechtlich erlaubt, aber strafbar ist. Aber ist denn der Rechtszustand, daß der Erwerb eines von einem deutschen Bundesstaat ausgegebenen, mit dem deutschen Reichsstempel versehenen Looses strafbar ist, überhaupt ein befriedigender?

stillschweigend einen Theil des Vertrags. Ein Recht, den festgesetzten Ziehungstermin hinauszuschieben, hat der Unternehmer nur, wenn er sich dieses Recht im Vertrag (im Spielplane) vorbehalten hat.[5] Daß nicht abgesetzte Loose für Rechnung des Unternehmers spielen, versteht sich von selbst.[6] Das Lotterieloos[7] muß nicht nothwendiger Weise ein Inhaberpapier sein. Ist es ein Inhaberpapier, so kommen die für Inhaberpapiere gegebenen Vorschriften zur Anwendung (§§ 793 ff.). Die Stellung des sog. Kollekteurs dem Unternehmer und Dritten gegenüber ist nach den Grundsätzen des Auftrags und der Vollmacht zu beurtheilen.[8])

5. Fehlt es an der staatlichen Genehmigung, so wird durch den Lotterievertrag für keine der Parteien eine Verbindlichkeit erzeugt, es kann weder auf den Einsatz noch auf den Gewinn noch sonst auf Erfüllung des Vertrags oder auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung geklagt werden. Was aber eine Partei auf Grund des Lotterievertrags geleistet hat, kann sie nicht zurückfordern. So liegt der Fall insbesondere bei einer nicht genehmigten Privatlotterie. Verstößt der Lotterievertrag dagegen gegen ein gesetzliches Verbot, z. B. gegen § 286 StGB., so greift die Vorschrift des § 134 Platz.[9])

§ 208. Das Differenzgeschäft.

§ 764.

1. Als eine Art des Spielvertrags behandelt das BGB. auch das Differenzgeschäft. Ein solches liegt dann vor, wenn ein Lieferungsgeschäft über Waaren oder Werthpapiere in der Absicht geschlossen ist, daß keine wirkliche Lieferung der Waare oder Werthpapiere erfolgen, vielmehr der Unterschied zwischen dem vereinbarten Preise und dem Börsen- oder Marktpreise zur Zeit der Lieferung gezahlt werden soll. In der Regel muß die Absicht beider Theile auf den Ausschluß der wirklichen Lieferung und auf die Zahlung der bloßen Differenz gerichtet sein, es genügt jedoch auch, wenn diese Absicht nur auf der einen Seite vorhanden war, der andere Theil aber diese Absicht gekannt hat oder hat kennen müssen[1]).

---

[5]) Vgl. Prot. II S. 805, 806.

[6]) Vgl. M. II S. 649.

[7]) Eine dem preußischen Rechte (ALR. §§ 557, 558 I 11) entsprechende Bestimmung, daß der Unternehmer Loose nur gegen Baarzahlung verkaufen und den kreditierten Kaufpreis nur gegen den Gewinn verrechnen darf, kennt das BGB. nicht. Vgl. Prot. II S. 805. Auch die Pfändbarkeit des Lotteriegewinns kann keinem Bedenken mehr unterliegen. Vgl. Endemann I § 188 Anm. 15.

[8]) Vgl. Endemann I § 188 Anm. 14. Von dem eigentlichen Kollekteur ist der Loosehändler zu unterscheiden, welcher Loose, die er erworben hat, im eigenen Namen und für eigene Rechnung verkauft. Wer von diesem ein Loos kauft, schließt nicht mit ihm einen Lotterievertrag ab, sondern einen gewöhnlichen Kauf. Durch den Erwerb des Looses als eines Inhaberpapiers tritt der Erwerber in den Lotterievertrag mit dem Unternehmer ein.

[9]) Gegen denjenigen, der ohne obrigkeitliche Erlaubniß eine öffentliche Lotterie veranstaltet, ist die Rückforderung des Geleisteten nach §§ 134, 817 statthaft. Vgl. RG. Bd. 14 S. 84 ff.

[1]) Die Begriffsbestimmung dieser vom Reichstag eingefügten Vorschrift (vgl. M. II S. 647, Prot. II S. 804, KB. zu § 749a C. III), mit welcher man „die jetzt herrschende Theorie und Praxis“ festlegen wollte, damit sie nicht „wieder durch eine andere Ansicht verdrängt werden könne“, geht über die Judikatur des Reichsgerichts hinaus. Denn dieses hat, so weit es auch in der Charakterisierung eines Lieferungsgeschäfts als Differenzgeschäft gegangen ist, doch daran festgehalten, daß der Ausschluß der Effektivlieferung auf der, wenn auch stillschweigenden, Vereinbarung beider Parteien beruhen müsse. (Vgl. RG. Bd. 12 S. 17, 34 S. 83; JW. 1896 S. 231 ff., 1898 S. 292, 293; Bolze Bd. 14 Nr. 450, 20 Nr. 527; Staub 5. Aufl. § 36 zu Art. 357.) Nun kann man wohl

2. Was das Verhältniß des § 764 zu den Bestimmungen des Börsengesetzes vom 22. Juni 1896 anbetrifft[2]), so ist folgendes zu bemerken: Das Börsengesetz regelt nur das sog. Börsentermingeschäft. Ein solches liegt vor, wenn die drei im § 48 des Börsengesetzes aufgestellten Erfordernisse, nämlich: Fixgeschäft, Abschluß unter den von dem Börsenvorstande für den Terminhandel festgesetzten Bedingungen, amtliche Feststellung von Terminpreisen, nebeneinander vorliegen[3]). Fehlt es an einem dieser Erfordernisse, so ist das Geschäft kein Börsentermingeschäft[4]), es ist daher nach BGB. zu beurtheilen[5]) und es kann der Einwand[6]), daß das Geschäft als Spiel zu behandeln ist, erhoben werden.

---

eine stillschweigende Vereinbarung auch dann annehmen, wenn die nur auf die Zahlung der Differenz gerichtete Absicht des einen Theiles beim Vertragsabschlusse dem anderen Theile bekannt ist. (RG. Bd. 34 S. 93, insbes. JW. 1897 S. 90, 1899 S. 373.) Aber die bedenkliche Erweiterung des § 764 liegt darin, daß das Kennenmüssen dem Kennen gleichgestellt ist. Danach ist ein Lieferungsgeschäft auch dann als Spiel anzusehen, wenn die Spielabsicht des einen Theiles dem anderen unbekannt war, falls er sie nur bei Anwendung der im Verkehr erforderten Sorgfalt kennen mußte. Damit hat die Vorschrift des § 764 das Gebiet des Differenzgeschäfts verlassen und einen ganz anderen Charakter angenommen. Dies kommt auch in der Fassung des Gesetzes zum Ausdrucke. Der Vertrag ist „als Spiel anzusehen". Das Geschäft braucht nicht in Wirklichkeit ein Spielvertrag zu sein, es wird unter den Voraussetzungen des § 764 als Spiel fingiert. — Zu bemerken ist noch, daß das Geschäft des § 764 kein Fixgeschäft zu sein braucht, und ferner daß, wenn die Voraussetzungen des § 764 nicht vorliegen (z. B. das Geschäft nicht auf die Lieferung von Waaren oder Werthpapieren gerichtet, sondern über eine andere Sache geschlossen ist), dies nicht ausschließt, daß das Geschäft sich als Spiel darstellt, nur kann dann nicht die Fiktion des § 764 Platz greifen, sondern es muß wirklich ein Spielvertrag im Sinne des § 762 abgeschlossen sein. So liegt es auch bei den Kassageschäften. Diese können unter § 764 nicht fallen, weil er eine vom Tage des Vertragsabschlusses verschiedene Lieferungszeit voraussetzt. Dies schließt aber nicht aus, daß auch Kassageschäfte Spielgeschäfte im Sinne des § 762 sein können. Freilich wird dies nur unter ganz besonderen Umständen der Fall sein (vgl. RG. Bd. 52 S. 254 ff.) und vor allem muß, da der § 762 die Fiktion des § 764 nicht kennt, die Spielabsicht auf, wenn auch nur stillschweigender, Vereinbarung beider Parteien beruhen. Daß die Absicht des einen Theiles dem anderen Theile nur erkennbar ist, genügt zur Anwendung des § 762 nicht.

[2]) In Betracht kommen hier insbesondere die §§ 48, 66, 69 des Börsengesetzes.

[3]) Vgl. Staub Exkurs zu § 376 HGB. Anm. 6 ff.

[4]) Auf einem anderen Standpunkte steht freilich das Reichsgericht (Bd. 42 S. 43 ff., JW. 1902 S. 100 Nr. 50). Es nimmt an, daß unter die Vorschrift des § 66 des Börsengesetzes nicht nur Börsentermingeschäfte in dem engumgrenzten Sinne des § 48 fallen, sondern auch solche „Termingeschäfte, welche von den amtlich festgestellten Bedingungen nicht etwa nur in Nebenpunkten, sondern in erheblichem Maße abweichen oder sie gänzlich ausschließen, deren Charakter als Termingeschäfte und als Börsengeschäfte aber hierdurch in keiner Weise alteriert wird." Das RG. unterscheidet hiernach zwischen einem „Börsentermingeschäft im weiteren und allgemeineren Sinne" und einem solchen im spezifischen Sinne des § 48, und nimmt an, daß im § 66 das erstere gemeint ist. Vgl. hierzu oben § 8 Anm. 4, Staub Exkurs zu § 376 Anm. 3—5, Dernburg II § 173 Anm. 4.

[5]) Folgt man der in der vorhergehenden Anm. erwähnten Entscheidung des RG., so wird der § 764 nur selten zur Anwendung kommen. Hält man dagegen die gegentheilige Ansicht für richtig, so wird sich trotz der Spezialvorschriften des Börsengesetzes für die Anwendung des § 764 ein weites Gebiet eröffnen. Denn der Weg, den das Börsengesetz für wirksame Börsentermingeschäfte vorgezeichnet hat, ist nur sehr wenig beschritten worden, da von der Eintragung ins Börsenregister ein geringer Gebrauch gemacht worden ist. Und die Vorschrift des § 66 des Börsengesetzes, welche die Interessenten zur Eintragung veranlassen will, daß nämlich Börsentermingeschäfte ungültig sind, wenn nicht beide Theile im Börsenregister eingetragen sind, wird dadurch illusorisch, daß die Parteien eben keine Börsentermingeschäfte im eigentlichen Sinne abschließen, sondern das Geschäft durch Ausschließung eines der im § 48 des Börsen-Gesetzes aufgestellten Erfordernisse zu einem gewöhnlichen handelsrechtlichen Lieferungsgeschäfte machen.

[6]) Der Erhebung einer Einrede im eigentlichen Sinne bedarf es, wie bereits erwähnt ist, nicht. Wenn aber das Geschäft sich nicht von selbst als Spiel im Sinne

— Ist das Geschäft dagegen ein Börsentermingeschäft im Sinne des § 48 des Börsengesetzes, so ist es in Gemäßheit des § 66 des Börsengesetzes und mit den daselbst bestimmten Folgen wirkungslos, wenn nicht beide Parteien im Börsenregister eingetragen sind; ist dies dagegen der Fall[7]), so kann in Gemäßheit des § 69 des Börsengesetzes der Einwand, daß ein Differenzgeschäft vorliegt[8]), nicht erhoben werden.

3. Ist das Geschäft in Gemäßheit des § 764 als Spiel anzusehen, so greifen die oben erörterten Grundsätze des § 762 Platz. Es wird zwar durch das Geschäft eine Verbindlichkeit nicht begründet, das auf Grund des Geschäfts Geleistete kann aber deswegen, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden habe, nicht zurückgefordert werden. Und hier ist es von besonderer Wichtigkeit, daß zum Ausschlusse der Rückforderung nicht erforderlich ist, daß die Leistung nach Feststellung des Unterschieds erfolgt ist, daß vielmehr jede Leistung, die auf Grund des Vertrags bewirkt worden ist, gleichgültig, ob die Differenz schon feststand oder nicht, der Rückforderung nicht unterliegt[9]).

Dreißigster Titel.

Bürgschaft.

§ 209. Begriff und Erfordernisse. Kreditauftrag.

I. Die Bürgschaft ist der zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger eines Dritten geschlossene Vertrag[1]), durch welchen der Bürge sich verpflichtet, dafür einzustehen, daß die Verbindlichkeit des Dritten erfüllt wird[2]).

§ 765. 1. Der Bürgschaftsvertrag wird zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger geschlossen. Der Grund, aus welchem der Bürge die Bürgschaft übernimmt, ist für sein Verhältniß zum Gläubiger gleichgültig[3]).

---

des § 764 darstellt, so ist es Sache desjenigen, der sich auf die Vorschrift des § 764 beruft, dessen Voraussetzungen zu beweisen. Vgl. oben § 206 Anm. 2.

[7]) Ueber die Fälle, in denen es auf die Eintragung nicht ankommt, vgl. §§ 67, 68 des Börsengesetzes.

[8]) Daß der § 69 des Börsen-Gesetzes durch § 764 BGB. nicht berührt wird, schreibt Art. 14 Nr. V des EG. zum HGB. vor. — Der § 69 schließt nur den Einwand aus, „daß die Erfüllung durch Lieferung der Waaren oder Werthpapiere vertragsmäßig ausgeschlossen war.“ Wenn hiermit auch nur das eigentliche Differenzgeschäft bezeichnet ist, so ist es doch selbstverständlich, daß erst recht nicht ein Einwand aus § 764 hergeleitet werden kann. Vgl. Staub Exkurs zu § 376 Anm. 26.

[9]) Vgl. oben § 206 Anm. 10. Die im § 66 Börsen-Gesetz vorgeschriebene Unwirksamkeit hat strengere Folgen: es wird ein Schuldverhältniß überhaupt nicht begründet, die Rückforderung dessen aber, was bei oder nach völliger Abwickelung des Geschäfts zu seiner Erfüllung geleistet worden ist, findet nicht statt. Vgl. Staub Exkurs zu § 376 Anm. 14 ff., RG. in JW. 1903 Beil. 6 Nr. 103.

[1]) In den Fällen der §§ 571 Abs. 2, 1251 Abs. 2 hat die durch das Gesetz begründete Haftung denselben Inhalt, wie die Haftung eines Bürgen.

[2]) Der allgemeine Begriff des sog. Garantievertrags, welcher im BGB. zwar nicht besonders behandelt ist, aber vielen seiner Bestimmungen zu Grunde liegt (vgl. z. B. § 437, oben § 132 S. 486 unter 3), unterscheidet sich von dem Bürgschaftsvertrage dadurch, daß er nicht eine bestehende Verbindlichkeit eines Dritten voraussetzt, also kein accessorischer Vertrag ist; sein Inhalt geht vielmehr dahin, daß der Garant seinem Mitkontrahenten gegenüber für den Erfolg einer gewissen Handlung einsteht. Der Garant übernimmt in dem vereinbarten Umfange das Risiko, welches für seinen Mitkontrahenten mit einem bestimmten Unternehmen verbunden ist. Der Garantievertrag ist, im Gegensatze zur Bürgschaft, formlos. Vgl. Dernburg II § 292, Planck Vorbem. III vor § 765. — Eine der Bürgschaft ähnliche Haftung ist die sog. Delkredere-Haftung (vgl. § 394 HGB., Dernburg II § 285 Anm. 9).

[3]) Vgl. § 775, unten § 211 unter II (S. 821).

2. Die Bürgschaft setzt eine gültige Verbindlichkeit eines Dritten voraus. Besteht eine solche Verbindlichkeit nicht, sei es, daß sie nicht entstanden [4]) oder daß sie wieder erloschen ist, so ist auch die Bürgschaft unwirksam. Aus dieser accessorischen Natur der Bürgschaft folgt auch, daß der Bürge sich nicht zu einer größeren Leistung verpflichten kann, als diejenige ist, zu welcher der Hauptschuldner verpflichtet ist [5]).

3. Den Gegenstand der Bürgschaft kann jede auf irgend eine Leistung oder eine Unterlassung gerichtete Verbindlichkeit bilden [6]). Die Verbindlichkeit, für welche die Bürgschaft übernommen wird, kann auch eine künftige [7]) oder eine bedingte sein.

4. Der Inhalt der Bürgschaft geht dahin, daß der Bürge dafür einstehen muß, daß die Verbindlichkeit des Dritten erfüllt wird. Er haftet, falls diese Erfüllung nicht erfolgt, seinerseits auf die Erfüllung, nicht blos für den durch die Nichterfüllung entstandenen Schaden. Die Beweislast dafür, daß die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten erfolgt ist, trifft den Bürgen.

§ 766. 5. Der Bürgschaftsvertrag ist insofern einer Form unterworfen, als die Erklärung des Bürgen [8]) schriftlich sein muß [9]). Die Annahme Seitens des Gläubigers kann formlos erfolgen. — Ist die Form nicht beobachtet, so tritt die

---

[4]) Vgl. das oben § 101 unter 4 (S. 394) hinsichtlich der Vertragsstrafe Ausgeführte. Die Unwirksamkeit der Bürgschaft tritt auch ein, wenn die Hauptschuld wegen mangelnder Geschäftsfähigkeit des Hauptschuldners unwirksam ist. Die entgegengesetzte Bestimmung des preuß. Rechtes (ALR. I 14 §§ 254, 255) hat im BGB. keine Aufnahme gefunden. Auch wenn der Bürge wußte, daß der Hauptschuldner nicht oder nur beschränkt geschäftsfähig ist, liegt eine gültige Bürgschaft nicht vor. Anders liegt natürlich der Fall, wenn z. B. A. gegenüber dem B., welcher mit dem Minderjährigen C. kontrahieren will, die Bürgschaft, d. h. die Garantie, dafür übernimmt, daß der gesetzliche Vertreter des C. das Geschäft genehmigen werde. Dann haftet er, falls die Genehmigung nicht erfolgt, nicht als Bürge der von C. übernommenen Verbindlichkeit, sondern aus dem Garantieversprechen für den dem B. durch die Nichtgenehmigung entstehenden Schaden. Vgl. auch Prot. II S. 465.

[5]) Dies war im § 670 E. I besonders bestimmt. — Der Bürge kann als Bürge immer nur insoweit haften, als der Hauptschuldner haftet. Dies schließt aber nicht aus, daß der Bürge daneben eine selbständige Verpflichtung übernimmt, die aber nicht nach den Regeln von der Bürgschaft beurtheilt werden darf. Vgl. M. II S. 660, 661. Selbstverständlich ist, daß der Bürge für seine Bürgschaftsschuld eine Sicherheit bestellen oder sich einer Vertragsstrafe unterwerfen kann, auch wenn eine solche Vereinbarung hinsichtlich der Hauptschuld nicht getroffen ist. Dem Begriffe der Bürgschaft würde es dagegen widerstreiten, wenn der Bürge sich für eine bedingte Hauptverbindlichkeit unbedingt verpflichten würde.

[6]) Verbürgt sich Jemand dem Gläubiger gegenüber für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Bürgen (Nach- oder Afterbürgschaft) oder verbürgt sich Jemand dem Bürgen gegenüber für seine Regreßforderung gegen den Hauptschuldner (Rückbürgschaft), so kommen die allgemeinen Grundsätze über die Bürgschaft zur Anwendung.

[7]) Vgl. hierzu Eccius, Verbürgung für eine künftige Schuld und Kreditmandat in Gruchot Bd. 46 S. 55 ff.

[8]) Das Gesetz erfordert, daß die Bürgschaftserklärung schriftlich sei. Es muß also diejenige Erklärung, deren Inhalt im § 765 angegeben ist, schriftlich ertheilt werden. Hieraus wird man entnehmen müssen, daß zwar in der schriftlichen Erklärung die Verbindlichkeit des Dritten bezeichnet sein muß, daß aber die Angabe der Hauptschuld nach Grund und Betrag nicht erforderlich ist, sondern jede Bezeichnung genügt, durch welche die Hauptschuld, für welche gebürgt werden soll, in zuverlässiger Weise ermittelt werden kann. Selbstverständlich ist ferner, daß nicht gerade die Bezeichnung als Bürgschaft oder die Ausdrucksweise des § 765 gewählt werden muß, es genügt auch jeder andere Ausdruck, aus dem sich die Uebernahme der im § 765 Abs. 1 bezeichneten Haftung ergiebt.

[9]) Wenn die Bürgschaft auf der Seite des Bürgen ein Handelsgeschäft ist, findet die Formvorschrift des § 766 keine Anwendung (§ 350 HGB.), es sei denn, daß der Bürge Minderkaufmann ist (§ 351 HGB.). — Vgl. ferner RG. Bd. 51 S. 110 ff. (Verbürgung in Wechselform).

Nichtigkeit (§ 125) dennoch insoweit nicht ein, als der Bürge die Hauptverbindlichkeit erfüllt[10]). Das Geleistete kann selbst dann nicht zurückgefordert werden, wenn der Bürge die in Folge des Formmangels eintretende Nichtigkeit nicht gekannt hat[11]).

II. Der Bürgschaft nahe verwandt ist der Kreditauftrag[12]). Ein solcher liegt vor, wenn Jemand einen Anderen beauftragt, im eigenen Namen und für eigene Rechnung einem Dritten Kredit zu geben[13]). Für diesen Auftrag gelten die allgemeinen Vorschriften über den Auftrag, so daß er insbesondere jederzeit von dem Auftraggeber widerrufen werden kann[14]). Hat der Beauftragte den Kredit gewährt, so haftet ihm für die Verbindlichkeit des Dritten der Auftraggeber als Bürge. § 778.

§ 210. Die Verpflichtung des Bürgen.

I. Der Bürge haftet für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten. Für den Umfang der sich hieraus ergebenden Verpflichtung des Bürgen ist, falls nicht der Bürge nur eine beschränktere Haftung übernommen hat[1]), der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend[2]). § 767.

[10]) Vgl. § 518 Abs. 2 (oben § 148 unter II, 4 S. 532). Der Erfüllung ist die Aufrechnung gleichzustellen, aber natürlich nur, wenn der Bürge die Aufrechnung erklärt hat, nicht auch, wenn der Gläubiger aufgerechnet hat.

[11]) Die Formvorschrift des § 766 ist vom RG. (Bd. 51 S. 120 ff.) auch ausgedehnt worden auf den Vertrag, durch welchen sich Jemand neben dem Schuldner als Gesammtschuldner verpflichtet (s. oben § 122 Anm. 4).

[12]) Der erste Entwurf (§ 680) wollte das ganze Rechtsverhältniß „nicht nach den Vorschriften über den Auftrag, sondern nach den Vorschriften über die Bürgschaft" beurtheilen. Die zweite Kommission hat dem sog. gemischten Systeme (vgl. M. II S. 683) den Vorzug gegeben. Daraus, daß bis zur Kreditgewährung die Vorschriften über den Auftrag und nicht die über die Bürgschaft Anwendung finden, hat das RG. (Bd. 50 S. 160 ff.) gefolgert, daß die Formvorschrift des § 766 für dn Kreditauftrag nicht gilt. Vgl. hierzu Eccius in Gruchot Bd. 46 S. 55 ff.

[13]) Ging der Auftrag dahin, den Kredit für Rechnung des Auftraggebers zu geben, so liegt ein gewöhnliches Auftragsverhältniß vor (sog. mandatum simplex im Gegensatze zum mandatum qualificatum). Der Auftraggeber kann vom Beauftragten die Abtretung des Anspruchs gegen den Dritten verlangen (§ 667) und muß dem Beauftragten das von diesem dem Dritten Geleistete ersetzen (§ 670).

[14]) Vgl. Prot. II S. 486. Streng genommen liegt ein Auftrag im Sinne des § 662 überhaupt nicht vor. Hierauf weisen schon die Motive (II S. 683) hin, indem sie ausführen, daß der Kreditauftrag nicht als gewöhnlicher Auftrag behandelt werden könne, denn „eine solche Bestimmung würde mit dem Begriffe des Auftrags, welcher in Beziehung auf den Mandatar ein negotium alienum erheischt, sich kaum vertragen." In der That soll derjenige, welcher im eigenen Namen und auf eigene Rechnung Kredit gewähren soll, nicht ein fremdes ihm übertragenes Geschäft für einen Anderen besorgen. Daher sieht Eccius (a. a. O. S. 60 ff.) in dem Auftrage des § 778 nur eine Ermächtigung, die keiner Annahme bedarf und die der Auftraggeber so lange, als von ihr noch nicht Gebrauch gemacht ist, zurückziehen kann. Demgemäß muß ferner angenommen werden, daß, wenn der Beauftragte den Auftrag aus § 778 annimmt, dadurch für ihn noch nicht die Verpflichtung zur Kreditgewährung begründet wird, was aber nicht ausschließt, daß ein besonderer Vertrag des Inhalts geschlossen werden kann, daß der Beauftragte sich dem Auftraggeber gegenüber zur Kreditgewährung an den Dritten verpflichtet (vgl. M. II S. 684, Eccius a. a. O. S. 64).

[1]) Da die Vorschrift des § 767 nur eine dispositive ist, so ist jede Beschränkung der Bürgschaft zuläßig; eine Erweiterung über den jeweiligen Bestand der Hauptschuld hinaus dagegen nicht, weil eine solche Vereinbarung gegen den Begriff der Bürgschaft verstoßen würde. Vgl. oben § 209 Anm. 5.

[2]) Hieraus ist jedoch nicht zu folgern, daß der Leistungsort des Hauptschuldners nothwendiger Weise auch Leistungsort des Bürgen ist. RG. Bd. 9 S. 185 ff., Bd. 10 S. 282 ff.,

1. Erfährt die Hauptverbindlichkeit aus irgend einem Grunde eine Verringerung, so kommt diese in Folge der accessorischen Natur der Bürgschaft dem Bürgen in jedem Falle zu statten [3]).

2. Wird die Hauptverbindlichkeit nach der Uebernahme der Bürgschaft erweitert, so ist zu unterscheiden, ob diese Erweiterung durch ein Rechtsgeschäft des Schuldners bewirkt worden ist oder ob sie ohne ein solches Rechtsgeschäft kraft gesetzlicher Vorschrift, insbesondere in Folge des Verzugs oder eines Verschuldens des Schuldners, eingetreten ist. Während im letzteren Falle die Erweiterung der Hauptverbindlichkeit auch die Verpflichtung des Bürgen erweitert, ist dies bei einer Erweiterung durch Rechtsgeschäft nicht der Fall [4]).

3. Aber nur der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit selbst ist für die Verpflichtung des Bürgen maßgebend. Nebenverbindlichkeiten, die der Hauptschuldner neben der Hauptschuld übernommen hat, insbesondere vereinbarte Zinsen und Vertragsstrafen, treffen den Bürgen nur, wenn er sich auch für diese Nebenverbindlichkeiten verbürgt hat [5]). Dagegen haftet er kraft Gesetzes (§ 767 Abs. 2) für die Kosten der Kündigung und der Rechtsverfolgung, soweit der Hauptschuldner solche Kosten dem Gläubiger zu ersetzen hat [6]).

II. Aus der accessorischen Natur der Bürgschaft folgt, wie bereits hervorgehoben ist,[7]) daß alles, was das Entstehen der Hauptschuld hindert oder ihr Erlöschen bewirkt, auch die Entstehung der Bürgschaftverpflichtung hindert und zum Erlöschen bringt.

§ 770 Abs. 1. 1. Ist somit die Hauptschuld nichtig oder anfechtbar und angefochten, so ist auch die Bürgschaft nichtig. Die Befugniß, das Rechtsgeschäft, durch welches die Hauptschuld begründet worden ist, anzufechten, steht nur dem Hauptschuldner, nicht dem Bürgen zu.[8]) Die Folge hiervon wäre, daß, solange der Haupt-

---

Bd. 34 S. 15 ff., Türk in Gruchot Bd. 44 S. 837, Bd. 46 S. 49; a. M. Staub Exkurs zu § 372 Anm. 9 und in Gruchot Bd. 45 S. 219.

[3]) Eine Ausnahme gilt nach § 193 KO. für den Zwangsvergleich.

[4]) Eine Erweiterung durch Rechtsgeschäft liegt nicht vor, wenn der Hauptschuldner ein ihm zustehendes Recht durch eine Unterlassung verwirkt. Wird z. B. dem Käufer eine mangelhafte Sache geliefert und nimmt er sie trotz Kenntniß des Mangels an, ohne einen Vorbehalt zu machen (§ 464), so verliert nicht nur er, sondern auch der Bürge die Ansprüche wegen des Mangels der Sache. Ebenso im Falle des § 341 Abs. 3: hat z. B. der Verkäufer wegen verspäteter Lieferung eine Vertragsstrafe verwirkt, so ist auch der Bürge berechtigt, diese Vertragsstrafe einredeweise geltend zu machen. Hat aber der Schuldner durch vorbehaltlose Annahme den Anspruch auf die Strafe verwirkt, so trifft dieser Nachtheil auch den Bürgen. Ein nach § 768 Abs. 2 dem Bürgen unschädlicher Verzicht auf eine Einrede liegt nicht vor. Zu bemerken ist noch, daß der Bürge seinerseits zur Erklärung des Vorbehalts nicht befugt ist. RG. Bd. 53 S. 356.

[5]) Ob dies der Fall ist, ist Sache der Auslegung. Hat sich der Bürge für eine verzinsliche Schuld verbürgt, so wird anzunehmen sein, daß er, falls er die Bürgschaft nicht auf das Kapital beschränkt hat, sich auch für die Zinsen verbürgt hat. Ebenso, wenn dem Bürgen bekannt ist, daß der Schuldner sich einer Vertragsstrafe unterworfen hat. Vgl. § 1210. Besonders hervorzuheben ist, daß dies, wie der § 767 überhaupt, — im Gegensatze zum preuß. Rechte ALR. I 14 §§ 269, 270 — auch für den selbstschuldnerischen Bürgen gilt.

[6]) Dies ist auch dann der Fall, wenn der Gläubiger den Hauptschuldner verklagt hat, ohne vorher dem Bürgen hiervon Mittheilung zu machen, so daß dieser also nicht die Gelegenheit hatte, die Schuld ohne Prozeß zu tilgen (M. II S. 665, Prot. VI S. 196, 197).

[7]) S. oben § 209 unter I, 2.

[8]) Anders natürlich, wenn die Bürgschaft anfechtbar ist. Die Bürgschaft ist, wenn auch accessorisch, doch ein selbständiger Vertrag. Sie unterliegt somit den allgemeinen Vorschriften über Verträge. Hervorzuheben ist, daß, da die Bürgschaft ein Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen ist, der Hauptschuldner für diesen Vertrag nur als ein Dritter in Betracht kommt. Ist somit der Bürge zur Uebernahme der Bürgschaft durch eine arg-

schuldner sein Anfechtungsrecht nicht ausgeübt hat, die Hauptschuld besteht und der Bürge, wenn er von dem Gläubiger in Anspruch genommen wird, leisten müßte.[9]) Ficht der Hauptschuldner das Rechtsgeschäft später mit Erfolg an, so könnte der Bürge das Geleistete zurückfordern.[10]) Aus Billigkeit[11]) gewährt jedoch das Gesetz dem Bürgen eine aufschiebende Einrede: er kann, solange der Hauptschuldner das der Hauptschuld zu Grunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten berechtigt ist, die Befriedigung des Gläubigers verweigern.[12])

2. Die Vorschrift des § 770 Abs. 1 darf ihres positiven Charakters wegen auf ähnliche Fälle nicht ausgedehnt werden. Steht dem Hauptschuldner das Recht zu, von dem der Hauptschuld zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfte zurückzutreten,[13]) sei es auf Grund des Vertrags (§ 346), sei es auf Grund gesetzlicher Vorschrift (z. B. §§ 326, 325 Abs. 2), so kann der Bürge weder seinerseits das Rücktrittsrecht ausüben, noch auch bis zur Erledigung des Rücktrittsrechts die Erfüllung verweigern. Er muß vielmehr die Leistung an den Gläubiger bewirken und kann nur, wenn demnächst der Hauptschuldner den Rücktritt erklärt hat, das Geleistete zurückfordern.[14])

§ 770 Abs. 2.

3. Da die Erlöschungsgründe für die Hauptschuld auch das Erlöschen der Bürgschaftsschuld bewirken, so erlischt diese insbesondere auch dann, wenn die Hauptschuld durch Aufrechnung erlischt. Eine dem Hauptschuldner gegen den Gläubiger zustehende Forderung kann aber nur der Hauptschuldner, nicht auch der Bürge aufrechnen[15]). Macht der Hauptschuldner von dieser Befugniß keinen Gebrauch, so kann der Gläubiger den Bürgen auf Bewirkung der Leistung in

---

listige Täuschung des Hauptschuldners bestimmt worden, so ist die Bürgschaft nur anfechtbar, wenn der Gläubiger die Täuschung kannte oder kennen mußte (§ 123 Abs. 2 S. 1, vgl. oben § 39 unter 3 S. 152). In jedem Falle steht dem Bürgen gegen den Hauptschuldner, der ihn getäuscht hat, der Anspruch auf Schadensersatz (§ 823 Abs. 2) und somit auf Herstellung des früheren Zustandes (§ 249), d. h. auf Befreiung von der Bürgschaft, zu. Vgl. Planck Anm. 1 zu § 765.

[9]) Es ist jedoch zu beachten, daß arglistige Täuschung und widerrechtliche Drohung dem Hauptschuldner nicht nur ein Anfechtungsrecht, sondern auch Ansprüche aus der unerlaubten Handlung geben (vgl. oben § 39 unter 5 S. 153 und § 40 unter 5 S. 155). Soweit aus diesem Grunde dem Hauptschuldner eine Einrede gegen den Anspruch des Gläubigers zusteht (vgl. § 853), kann diese Einrede auch der Bürge geltend machen (§ 768). Vgl. Prot. II S. 466 und Dernburg II § 287 unter IV.

[10]) Mit Unrecht will Oertmann (Anm. 2 zu § 770) dem Bürgen, der in Unkenntniß der Einrede vor erfolgter Anfechtung geleistet hat, die Kondiktion versagen. Er begründet diese Ansicht damit, daß dem Bürgen eine peremptorische Einrede im Sinne des § 813 nicht zugestanden habe. Aber die Kondiktion steht dem Bürgen nicht auf Grund des § 813, sondern nach § 812 Abs. 1 zu. Denn erfolgt später die Anfechtung, so ist das Rechtsgeschäft von Anfang an nichtig (§ 142) und es hat in Wirklichkeit eine Bürgschaftsschuld nie bestanden. Sollte Oertmann meinen, daß der Bürge, der trotz der Einrede des § 770 Abs. 1 geleistet hat, vor erfolgter Anfechtung durch den Hauptschuldner nicht kondizieren könne, so ist diese Ansicht allerdings zweifellos richtig.

[11]) Vgl. Prot. II S. 466.

[12]) Die dilatorischen Einreden des § 770 hemmen den Lauf der Verjährung nicht. Vgl. hierzu oben § 63 S. 249 unter b und insbes. Anm. 22.

[13]) Ebenso ist es, wenn dem Schuldner das Recht der Wandelung oder der Minderung zusteht.

[14]) Zu bemerken ist, daß der Bürge, der für die Erfüllung der Hauptschuld einsteht (§ 765), nicht auch für dasjenige haftet, was der Hauptschuldner in Folge des Rücktritts dem Gläubiger nach § 346 zurückzugewähren hat (RG. in JW. Beil. 7 1902 S. 235 Nr. 113).

[15]) Selbstverständlich ist, daß der Bürge eine ihm gegen den Gläubiger zustehende Forderung aufrechnen kann. Hierdurch tilgt er die Bürgschaftsschuld und die Hauptschuld geht auf ihn über. RG. Bd. 53 S. 403.

Anspruch nehmen[16]). Hat aber der Gläubiger die Möglichkeit, sich seinerseits dadurch zu befriedigen, daß er seine Forderung gegen eine fällige[17]) Forderung des Hauptschuldners aufrechnet, so verstieße es gegen Treu und Glauben, wenn er dieses bereite Befriedigungsmittel unbenutzt ließe und vom Bürgen Befriedigung verlangte. Daher giebt das Gesetz auch in diesem Falle dem Bürgen eine aufschiebende Einrede[18]).

§ 768. 4. Der Bürge kann ferner, da seine Verpflichtung keine stärkere sein kann als die des Hauptschuldners, die diesem zustehenden Einreden, sowohl die auf-

---

[16]) Hier kann natürlich von einem späteren Kondiktionsrechte des Bürgen nicht die Rede sein. Denn hat der Bürge geleistet, so ist dadurch die Hauptschuld erloschen und eine Aufrechnung nicht mehr denkbar, da diese zwei bestehende Forderungen voraussetzt (vgl. oben § 112 unter 3 S. 425). Dies übersieht Neumann Anm. 3 vor § 387. Anders natürlich, wenn der Bürge nach der Aufrechnung in Unkenntniß von dieser geleistet hat.

[17]) Diese Einschränkung hat folgenden Grund: An sich könnte der Gläubiger, dessen Forderung fällig ist, diese Forderung auch gegen eine nicht fällige Forderung des Hauptschuldners aufrechnen, da er diese „ihm obliegende Leistung bewirken kann" (§ 387, vgl. oben § 112 unter 6 S. 426). Es wäre aber unbillig, ihn zu dieser Aufrechnung zu zwingen, da er dann eine noch nicht fällige Schuld bezahlen müßte und außerdem, falls diese Schuld unverzinslich ist, das interusurium verlieren würde. Hat also z. B. A. dem B. Waare verkauft und C. sich für den Kaufpreis verbürgt, während dem B. gegen A. eine noch nicht fällige Darlehnsforderung zusteht, so kann C. weder mit dieser Darlehnsforderung aufrechnen, noch die Einrede aus § 770 Abs. 2 erheben. — Man wird diese Einschränkung auch auf andere Fälle ausdehnen müssen, in denen der Gläubiger, wenn er wollte, zwar aufrechnen könnte, man ihn aber zur Befriedigung oder alsbaldigen Befriedigung des Schuldners nicht zwingen kann. Dies ist zunächst der Fall, wenn die Gegenforderung des Hauptschuldners nicht klagbar ist (vgl. oben § 112 unter 4 S. 426). A. hat dem B. ein Darlehen gegeben, für welches sich C. verbürgt hat. A. verliert sodann im Spiele eine Summe Geldes an B. Auch hier könnte A. aufrechnen (vgl. oben § 112 Anm. 10 und § 206 Anm. 6), es ist aber klar, daß auf diese Aufrechnungsbefugniß C. keine Einrede gründen kann. Ferner: A. hat dem B. ein Dalehen gegeben, für das sich C. verbürgt hat. A. kauft von B. Waare, hat sie aber noch nicht geliefert erhalten. A. könnte gegen diese mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrags behaftete Gegenforderung des B. aufrechnen (vgl. oben § 112 Anm. 11 und 13). Die Einrede aus § 770 Abs. 2 ist aber dem Bürgen nicht gegeben; man kann auch hier die Gegenforderung des B. als eine nicht fällige bezeichnen.

[18]) Steht nur dem Hauptschuldner, nicht aber auch dem Gläubiger die Befugniß der Aufrechnung zu, so ist dem Bürgen die Einrede aus § 770 Abs. 2 nicht gegeben, z. B. im Falle des § 393, wenn die Forderung des Hauptschuldners gegen den Gläubiger aus einer von diesem vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung herrührt, so daß dem Gläubiger das Aufrechnungsrecht versagt ist. Mit Unrecht tadelt Oertmann (Anm. 3 zu § 770) diese Vorschrift; er will, falls nur der Schuldner aufrechnen kann, dem Bürgen das Aufrechnungsrecht oder mindestens im Wege der Analogie die Einrede aus § 770 Abs. 2 geben, den er als „anscheinend schlecht gelungen" bezeichnet. (Ebenso Dernburg II § 287 unter V.) Dieser Ansicht kann nicht beigestimmt werden. Der § 770 Abs. 2 hat einen ganz anderen legislatorischen Grund als der § 770 Abs. 1 und wenn man an der Fassung des Gesetzes etwas aussetzen will, so könnte man nur sagen, daß es vielleicht besser gewesen wäre, die Vorschrift nicht in einen äußerlichen Zusammenhang mit § 770 Abs. 1, sondern mit § 772 Abs. 2 zu bringen. In der That ist auch diese Vorschrift von der zweiten Kommission als ein Zusatz zu § 674 E. I (jetzt §§ 771, 772) beschlossen worden (Prot. II S. 469). Gerade so, wie der Gläubiger, dem ein Pfand bestellt ist, sich zuerst aus diesem befriedigen muß, ehe er den Bürgen angreifen kann, ebenso muß er sich zuerst aus einer ihm zustehenden Gegenforderung befriedigen. Die Einrede aus § 770 Abs. 2 — die übrigens auch dem selbstschuldnerischen Bürgen zusteht — ist gewissermaßen eine exceptio doli: der Gläubiger, der sich auf einfache und bequeme Weise aus einer Forderung des Schuldners gegen ihn befriedigen kann, der also gewissermaßen das Befriedigungsmittel in Händen hat, handelt dolos, wenn er trotzdem vom Bürgen Befriedigung verlangt. Diese Erwägung greift natürlich nicht Platz, wenn nur der Hauptschuldner, nicht auch der Gläubiger kompensieren kann.

schiebenden als die zerstörenden [19]), geltend machen. Dies gilt insbesondere für die Einrede der Verjährung [20]). Ausgeschlossen ist nur die Einrede der beschränkten Haftung des Erben. Der Bürge kann, wenn der Hauptschuldner gestorben ist und sein Erbe nur beschränkt haftet, nicht geltend machen, daß auch er nur in diesem Umfange hafte, denn gerade gegen die Unzulänglichkeit des Vermögens des Hauptschuldners soll die Bürgschaft dem Gläubiger Sicherheit gewähren.

5. Wie der Hauptschuldner durch ein nach der Uebernahme der Bürgschaft vorgenommenes Rechtsgeschäft die Verpflichtung des Bürgen nicht erweitern kann (§ 767 Abs. 1 Satz 3), so geht der Bürge einer Einrede nicht dadurch verlustig, daß der Hauptschuldner auf sie verzichtet [21]).

§ 769. III. Mehrere Bürgen haften als Gesammtschuldner, sowohl wenn sie sich gemeinschaftlich verbürgt haben (§ 427), als auch wenn jeder für sich, ohne Rücksicht auf den Anderen, die Bürgschaft übernommen hat. Die Folge davon ist, daß auch im letzteren Falle Ausgleichung in Gemäßheit des § 426 stattfindet [22]).

IV. Die Haftung des Bürgen ist grundsätzlich eine subsidiäre: er braucht die Verbindlichkeit, für deren Erfüllung einzustehen er sich verpflichtet hat, seinerseits erst dann zu erfüllen, wenn der Gläubiger erfolglos versucht hat, die Erfüllung von dem Hauptschuldner zu erlangen [23]). Daß diese Voraussetzung für die Haftung des Bürgen eingetreten ist, gehört jedoch nicht zur Begründung der Klage gegen den Bürgen, vielmehr ist diesem nur eine Einrede (die Einrede der Vorausklage) gegeben [24]).

§ 771. 1. Die Voraussetzung für das Vorgehen des Gläubigers gegen den Bürgen ist erst dann gegeben, wenn der Gläubiger wegen des ihm zustehenden Anspruchs eine Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner ohne Erfolg versucht hat. Diese Voraussetzung hat, wenn der Bürge die Einrede der Vorausklage erhebt,

---

[19]) Vgl. oben § 63 S. 247.

[20]) Vgl. über die Frage, inwieweit die Hemmung, die Unterbrechung und der Eintritt der Verjährung gegenüber dem Hauptschuldner auch gegenüber dem Bürgen wirken, oben § 63 S. 253 unter 3. Besonders hervorzuheben ist, daß diese Grundsätze — im Gegensatze zum preußischen Rechte ALR. § 393 I 14 — auch für den selbstschuldnerischen Bürgen gelten. Er kann sich auf die eingetretene Verjährung der Hauptschuld berufen, selbst wenn gegen ihn die Verjährung unterbrochen sein sollte.

[21]) Verzichtet der Bürge auf eine dem Hauptschuldner zustehende Einrede, indem er sich z. B. für eine Schuld verbürgt, von der er weiß, daß sie verjährt ist, so ist das Rechtsverhältniß ebenso zu beurtheilen wie in dem Falle, daß sich Jemand für eine Schuld verbürgt, deren Ungültigkeit ihm bekannt ist (s. insbes. oben § 209 Anm. 4). Es liegt eine Bürgschaft im eigentlichen Sinne nicht vor, wohl aber ein Schuldversprechen, dessen Wirksamkeit nach allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen ist. Vgl. M. II S. 662, Oertmann Anm. 3 zu § 768, abweichend Dernburg II § 287 unter III.

[22]) Vgl. § 774 Abs. 2. Anders das preußische Recht (ALR. I 14 § 378, 379).

[23]) Da der Nachbürge sich für die Verbindlichkeit des Bürgen verbürgt, steht ihm die Einrede der Vorausklage hinsichtlich dieser Verbindlichkeit zu; er kann also erst in Anspruch genommen werden, wenn der Gläubiger gegen den Hauptbürgen vorgegangen ist. Er hat sämmtliche Einreden des Hauptbürgen und somit auch die des Hauptschuldners. Ist für den Hauptbürgen die Einrede der Vorausklage hinsichtlich der Verbindlichkeit des Hauptschuldners ausgeschlossen, so ist dies auch für den Nachbürgen der Fall.

[24]) Anders nach preußischem Rechte, in welchem zur Klagebegründung behauptet werden mußte, daß der Gläubiger gegen den Hauptschuldner erfolglos vorgegangen sei oder einer der Fälle vorliege, in denen der Bürge nicht subsidiär haftet. (ALR. I 14 §§ 283 ff.) Nach dem BGB. hat der Bürge nur eine Einrede; er muß sich auf den Rechtsbehelf berufen, sonst kann ihn der Richter nicht berücksichtigen. Die Rechtslage ist also die, daß der Bürge die Behauptungspflicht, der Gläubiger die Beweispflicht hat.

der Gläubiger zu beweisen. Der Gläubiger muß daher, falls er nicht einen anderen vollstreckbaren Titel bereits hat, in der Regel zunächst wegen seines Anspruchs gegen den Hauptschuldner Klage erheben[25]) und auf Grund des vollstreckbaren Urtheils gegen ihn die Zwangsvollstreckung vornehmen. Es ist jedoch nicht erforderlich, daß er alle nach dem Gesetze zulässigen Vollstreckungsmaßregeln vornimmt, es ist vielmehr ausreichend, wenn er eine dieser Maßregeln erfolglos versucht hat. Ist dieser erfolglose Versuch einmal vorgenommen, so ist damit die Einrede der Vorausklage definitiv beseitigt. Eine spätere Veränderung der Verhältnisse, insbesondere der Nachweis, daß nunmehr die Zwangsvollstreckung mit Erfolg vorgenommen werden könnte, ist nicht geeignet, von neuem die Einrede zu begründen.

§ 772. 2. Ist die Forderung, für welche die Bürgschaft übernommen worden ist, eine Geldforderung, so muß der Gläubiger, bevor er sich an den Bürgen halten kann, die Zwangsvollstreckung in die beweglichen Sachen des Hauptschuldners versucht haben[26]) und zwar an dessen Wohnsitz und außerdem, wenn der Hauptschuldner an einem anderen Orte eine gewerbliche Niederlassung hat, an diesem Orte, in Ermangelung eines Wohnsitzes oder einer gewerblichen Niederlassung an seinem Aufenthaltsorte. Der Versuch der Zwangsvollstreckung in andere Vermögensgegenstände des Schuldners (Grundstücke, Rechte) oder in bewegliche Sachen, die sich an einem anderen Orte befinden, genügt nicht, um die Einrede der Vorausklage auszuschließen. — Hat der Gläubiger ein Pfandrecht[27]) oder ein Zurückbehaltungsrecht an einer beweglichen Sache des Hauptschuldners, so muß er auch aus dieser Sache seine Befriedigung suchen, bevor er sich an den Bürgen halten kann, es sei denn, daß dem Gläubiger das Pfandrecht oder das Zurückbehaltungsrecht noch für eine andere Forderung zusteht und nicht beide Forderungen durch den Werth der Sache gedeckt werden.[28])

§ 773. 3. Die Einrede der Vorausklage ist ausgeschlossen in einigen Fällen, in denen es eine Unbilligkeit gegen den Gläubiger wäre, ein vorheriges Vorgehen gegen den Hauptschuldner zu verlangen. Dies ist der Fall:

a) wenn nach der Uebernahme der Bürgschaft der Hauptschuldner

---

[25]) Daß das in dem Prozesse zwischen dem Gläubiger und dem Hauptschuldner ergehende Urtheil dem Bürgen gegenüber keine Rechtskraft bewirkt, folgt aus § 325 CPO. Andererseits folgt aus § 768, daß, falls die Klage gegen den Hauptschuldner rechtskräftig abgewiesen ist, der Bürge die dadurch für den Hauptschuldner begründete exceptio rei judicatae dem Gläubiger entgegensetzen kann. — Nach § 202 wird durch die Einrede der Vorausklage die Verjährung nicht gehemmt. Da ferner die Klage gegen den Hauptschuldner die Verjährung der Klage gegen den Bürgen nicht unterbricht (vgl. Anm. 20), muß der Gläubiger durch eine Leistungs- oder Feststellungsklage dafür sorgen, daß die Verjährung seines Anspruchs gegen den Bürgen rechtzeitig unterbrochen wird.

[26]) Da ein erfolgloser Versuch der Zwangsvollstreckung genügt, so braucht der Gläubiger, wenn die Mobiliar-Zwangsvollstreckung fruchtlos ausgefallen ist, nicht auch noch den Hauptschuldner zum Offenbarungseide zu laden, um zu ermitteln, ob an einem der im § 772 bezeichneten Orte sich bewegliche Sachen des Hauptschuldners befinden. Sind aber Sachen gepfändet worden, so muß deren Versteigerung abgewartet werden. Dies folgt aus § 772 Abs. 2 (vgl. Anm. 27).

[27]) Gleichgültig, ob ein vertragsmäßiges oder ein gesetzliches oder ein Pfändungspfandrecht. Der Vermiether muß also, bevor er sich an denjenigen, der sich für die Miethzinsforderung verbürgt hat, halten kann, seine Befriedigung aus den seinem gesetzlichen Pfandrecht unterliegenden Sachen suchen.

[28]) Diese letztere Vorschrift ist dem § 777 Abs. 2 CPO. entnommen. Es ist zu bemerken, daß die Vorschrift in der CPO. korrekter gefaßt ist als im BGB., denn in ersterer heißt es: steht dem Gläubiger ein solches Recht in Ansehung der Sache . . . zu, dagegen im BGB. an der Sache. Dies paßt zwar für das Pfandrecht, nicht aber für das Zurückbehaltungsrecht.

seinen Wohnsitz, den Ort seiner gewerblichen Niederlassung oder seinen Aufenthaltsort derart geändert hat, daß dadurch die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner wesentlich erschwert ist. Eine solche wesentliche Erschwerung tritt insbesondere ein, wenn der Hauptschuldner seinen Wohnsitz ins Ausland verlegt hat[29]) oder wenn sein Aufenthaltsort unbekannt geworden ist;

b) wenn über das Vermögen des Hauptschuldners der Konkurs eröffnet ist. Die hierdurch einmal ausgeschlossene Einrede der Vorausklage lebt nach Beendigung des Konkurses, gleichgültig, aus welchem Grunde diese erfolgt, nicht wieder auf[30]);

c) wenn anzunehmen ist, daß die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Hauptschuldners nicht zur Befriedigung des Gläubigers führen wird.

Kann sich jedoch der Gläubiger in diesen drei[31]) Fällen aus einer beweglichen Sache des Hauptschuldners, an der er ein Pfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht hat, befriedigen, so ist insoweit die Einrede der Vorausklage zulässig.

4. Da die Vorschrift, nach welcher dem Bürgen die Einrede der Vorausklage gegeben ist, nur eine dispositive ist, so ist die Einrede ferner ausgeschlossen, wenn der Bürge auf sie verzichtet, was insbesondere dann der Fall ist, wenn er sich als Selbstschuldner verbürgt hat[32]). Auch eine vertragsmäßige Erweiterung des Inhalts der Einrede, wie sie insbesondere bei der sogenannten Schadlosbürgschaft oder Ausfallbürgschaft vorkommt, ist zulässig. Worin diese Erweiterung besteht, ist nach dem Inhalte des Vertrags zu ermitteln[33]).

§ 211. Die Rechte des Bürgen gegen den Hauptschuldner.

§ 774.

I. Wenn ein Dritter an Stelle des Gläubigers die Leistung bewirkt, so erlischt hierdurch in der Regel das Schuldverhältniß. Welche Ansprüche dem Dritten, der die Leistung bewirkt hat, gegen den Schuldner zustehen, ergiebt sich aus dem zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisse. Die Forderung selbst, die getilgt ist, geht weder auf den Dritten über noch hat dieser das Recht, von dem Gläubiger die Abtretung dieser Forderung zu verlangen[1]). Anders liegt das Rechtsverhältniß beim Bürgen. Für diesen ist durch die

---

[29]) Hatte der Hauptschuldner schon zur Zeit der Uebernahme der Bürgschaft seinen Wohnsitz im Auslande, so muß gegen ihn in Gemäßheit des § 772 die Zwangsvollstreckung versucht werden, es sei denn, daß der Fall des § 773 Nr. 4 vorliegt.

[30]) Wird dagegen der Eröffnungsbeschluß auf Beschwerde aufgehoben (§ 109 K.O.) so ist der Ausschluß der Einrede nicht eingetreten.

[31]) Das Gesetz erwähnt im § 773 Abs. 2 zwar nur die beiden Fälle der Nr. 3 u. 4. Wenn jedoch der Gläubiger eine Sache des Hauptschuldners in Händen hat, an der ihm ein Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht zusteht, so ist hinsichtlich dieser Sache die Rechtsverfolgung auch im Falle der Nr. 1 nicht erschwert. Vgl. Prot. II S. 476, 477.

[32]) Die selbstschuldnerische Bürgschaft ist keine besondere Art der Bürgschaft, sondern gewöhnliche Bürgschaft mit dem Verzicht auf die Einrede der Vorausklage. Der selbstschuldnerische Bürge steht in allen anderen Beziehungen — Umfang der Bürgschaft, Befugniß, die Einreden des Hauptschuldners geltend zu machen, vgl. Anm. 5 und 20 — dem gewöhnlichen Bürgen gleich. Der Verzicht auf die Einrede kann auch durch andere Ausdrücke (sich als Selbstzahler, sammtverbindlich, solidarisch verbürgen, sich verpflichten, sofort nach Fälligkeit zu zahlen), auch stillschweigend, erklärt werden. Die Formvorschrift des § 766 gilt für den Verzicht nicht. — Die Einrede der Vorausklage steht dem Bürgen ferner nicht zu, wenn die Bürgschaft für ihn ein Handelsgeschäft ist (§ 349 HGB), es sei denn, daß er nur Minderkaufmann ist (§ 351 HGB.). Vgl. ferner § 194 KO. (Akkordbürge).

[33]) M. II S. 672, Dernburg II § 288 unter VI.

[1]) Vergl. oben § 79 unter I (S. 308, 309).

Uebernahme der Bürgschaft eine selbständige Verpflichtung dem Gläubiger gegenüber begründet worden. Der Bürge, der den Gläubiger befriedigt, thut dies nicht in der Absicht, die Forderung des Gläubigers zum Erlöschen zu bringen, sondern sich von seiner Bürgschaftsschuld zu befreien. Durch die Befriedigung des Gläubigers erlischt die Bürgschaftsschuld, die Forderung selbst aber bleibt bestehen und geht auf den Bürgen über.

1. Der Uebergang der Forderung auf den Bürgen knüpft sich kraft Gesetzes[2]) an die durch ihn bewirkte Befriedigung des Gläubigers, gleichgültig, in welcher Weise die Befriedigung erfolgt (Erfüllung, Hingabe an Erfüllungsstatt, Hinterlegung, Aufrechnung). Mit der Forderung gehen zwar auf Grund der Vorschrift des § 401 alle Neben- und Vorrechte auf den Bürgen über; eine Modifikation tritt jedoch insofern ein, als, wenn Mehrere sich für dieselbe Forderung verbürgt haben, die Ansprüche gegen die anderen Bürgen nicht auf denjenigen Bürgen, der den Gläubiger befriedigt hat, übergehen, die Ausgleichung unter den mehreren Bürgen sich vielmehr nach der Vorschrift des § 426 bestimmt (§ 774 Abs. 2).

2. Befriedigt der Bürge den Gläubiger nur theilweise, so geht auch die Forderung nur zum Theil auf den Bürgen über, so daß die Forderung ihm und dem Gläubiger gemeinschaftlich zusteht. Der dem Gläubiger verbleibende Theil der Forderung hat jedoch den Vorrang vor dem auf den Bürgen übergegangenen Theile. Der Bürge kann den theilweisen Uebergang der Forderung nicht zum Nachtheile des Gläubigers geltend machen[3]).

3. Der Uebergang der Forderung vollzieht sich unabhängig von dem zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner etwa bestehenden Rechtsverhältniß, insbesondere auch dann, wenn der Bürge die Bürgschaft ohne Wissen, ja gegen den Willen des Hauptschuldners übernommen hat. Dadurch aber, daß der Bürge in der Lage ist, ohne Berücksichtigung dieses Rechtsverhältnisses die auf

---

[2]) Vgl. oben § 121 (S. 448). Der Gläubiger ist verpflichtet, dem Bürgen auf Verlangen ein öffentlich beglaubigtes Anerkenntniß auszustellen, daß die Forderung auf ihn übergegangen ist.

[3]) Vgl. oben § 79 unter II 6 (S. 311). Die Bedeutung dieser Vorschrift wird klargestellt durch die Bemerkung der Motive (III, S. 730): „Der Gläubiger, ohne dessen Willen der Rechtsübergang sich vollzieht, kann billigerweise verlangen, daß hieraus weitere Folgen als diejenigen, welche aus dem theilweisen Erlöschen der Forderung sich ergeben würden, gegen ihn nicht gezogen werden." Der Gläubiger muß also so behandelt werden, als sei der Theil der Forderung, wegen dessen der Bürge ihn befriedigt hat, erloschen. Konsequenzen dieses Grundsatzes sind: Besteht für die Forderung eine Hypothek, so hat die dem Gläubiger verbleibende Resthypothek den Vorrang vor der auf den Bürgen übergegangenen Theilhypothek. Besteht für die Forderung ein Pfandrecht, so kann der Bürge die Herausgabe des Pfandes (§ 1251) nicht eher verlangen, als bis der Gläubiger auch wegen des Restes seiner Forderung befriedigt ist. (Vgl. RG. Bd. 3 S. 183 ff.) Im Konkurse des Hauptschuldners darf der Bürge die auf ihn theilweise übergegangene Forderung nicht zum Nachtheile des Gläubigers geltend machen. Erfolgt die theilweise Befriedigung des Gläubigers erst nach der Konkurseröffnung, so kann der Bürge, wenn der Gläubiger in Gemäßheit des § 68 KO. seine ganze Forderung angemeldet hat, den auf ihn übergegangenen Theil der Forderung überhaupt nicht anmelden. (RG. Bd. 14 S. 172 ff.) Hat dagegen der Bürge den Gläubiger schon vor der Konkurseröffnung theilweise befriedigt, so daß der Gläubiger nur den Rest seiner Forderung anmelden kann, so kann zwar der Bürge den auf ihn übergegangenen Theil der Forderung zur Konkursmasse geltend machen, es darf aber hierdurch nicht die Quote verringert werden, welche auf die Restforderung des Gläubigers entfallen wäre, wenn der Bürge die Forderung nicht angemeldet hätte. Man wird also zu berechnen haben, wie groß die Quote des Gläubigers ohne die Anmeldung des Bürgen gewesen wäre; die Differenz zwischen diesem Betrag und dem thatsächlich auf den Gläubiger entfallenden Betrage kann der Gläubiger aus der auf die Forderung des Bürgen entfallenden Quote verlangen.

ihn übergegangene Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner geltend zu machen, verliert dieses Rechtsverhältniß nicht seine maßgebende Bedeutung. Gerade so, wie dem Bürgen selbst die Ansprüche aus einem solchen besonderen Rechtsverhältnisse vorbehalten bleiben[4]), bleiben auch die für den Hauptschuldner aus diesem Rechtsverhältnisse sich ergebenden Einwendungen unberührt. Dieses Rechtsverhältniß kann entweder Auftrag oder Geschäftsführung ohne Auftrag sein[5]).

II. Hat der Bürge sich im Auftrage des Hauptschuldners verbürgt, so steht ihm nach § 670 der Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen zu. Hieraus würde nach § 257 folgen, daß er vom Hauptschuldner auch Befreiung von der Bürgschaft verlangen könnte[6]). Es würde jedoch dem Zwecke der Bürgschaft und der Absicht der Parteien widersprechen, wenn der Bürge, der die Bürg- § 775.

---

[4]) Dies war im § 676 Abs. 2 E. I besonders vorgeschrieben und ist von der zweiten Kommission als selbstverständlich gestrichen worden (Prot. II S. 479). Der Bürge kann somit den Regreß in der Regel auf doppelte Weise nehmen: er kann die auf ihn übergegangene Forderung des Gläubigers geltend machen, er kann aber auch aus dem der Bürgschaftsübernahme zu Grunde liegenden Rechtsverhältniß (Auftrag, Geschäftsführung ohne Auftrag) klagen. Im ersteren Falle kommt die Vorschrift des § 404 zur Anwendung: der Bürge muß sich alle Einwendungen entgegensetzen lassen, welche dem Hauptschuldner gegen die Forderung des Gläubigers zustanden, wobei es gleichgültig ist, ob ihm diese Einwendungen bekannt waren oder nicht. Hat jedoch der Bürge dem Hauptschuldner den Streit verkündet, so kommt die Vorschrift des § 72 CPO. zur Anwendung. Vgl. auch Anmerkung 5.

[5]) Es ergiebt sich hieraus, daß für den Regreßanspruch des Bürgen im Resultat immer das zwischen ihm und dem Hauptschuldner bestehende Rechtsverhältniß entscheidend ist. Auf dieses Rechtsverhältniß kann sich sowohl der Hauptschuldner als auch der Bürge (in der Klage oder mittels Replik auf Einwendungen des Hauptschuldners) berufen. Macht z. B. der Hauptschuldner gegen die actio cessa des Bürgen geltend, er habe bereits vor dem Bürgen den Gläubiger befriedigt, die Forderung sei also erloschen, so kann der Bürge hiergegen replizieren, die Uebernahme der Bürgschaft und folglich die Befriedigung des Gläubigers sei auf Grund des Auftrags des Hauptschuldners erfolgt und er könne daher nach § 670 Ersatz seiner Aufwendungen fordern. Das preußische Recht (ALR. I 14 §§ 342 ff.) hatte vorgeschrieben, daß der Bürge, bevor er den Gläubiger befriedigt, den Hauptschuldner benachrichtigen und seine Einwilligung verlangen muß. Das BGB. hat eine derartige Vorschrift mit Recht nicht aufgenommen. Denn diese Frage hat nichts mit der Bürgschaft zu thun; ob eine solche Verpflichtung besteht, ist vielmehr nach dem zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnisse zu entscheiden. Für den Beauftragten wird man eine solche Verpflichtung nicht annehmen können. Selbstverständlich ist, daß der Bürge dem Hauptschuldner die condictio indebiti gegen den Gläubiger abtreten muß, wenn der Hauptschuldner, obwohl er bereits den Gläubiger befriedigt hatte oder obwohl die Forderung des Gläubigers aus einem anderen Grunde nicht bestand, dennoch auf Grund des § 670 dem Bürgen Ersatz leisten muß. — Der Bürge, welcher die Bürgschaft als Beauftragter oder negotiorum gestor des Hauptschuldners übernommen hat, muß, sobald er seinerseits den Gläubiger befriedigt hat, in Gemäßheit der §§ 666, 681 den Hauptschuldner hiervon benachrichtigen. Hat er dies schuldhaft unterlassen, so ist er dem Hauptschuldner schadensersatzpflichtig. Dies ist von Wichtigkeit insbesondere dann, wenn der Hauptschuldner seinerseits an den Gläubiger zahlt. Dem Hauptschuldner steht zwar in diesem Falle die condictio indebiti zu, er kann aber auch der Regreßklage des Bürgen mit Erfolg dessen Schadensersatzpflicht entgegensetzen, muß aber natürlich die condictio indebiti dem Bürgen abtreten. Vgl. M. II S. 675, 676. — Auch die Verjährung der Forderung des Gläubigers wird durch den Uebergang auf den Bürgen nicht geändert (vgl. oben § 61 unter V, 3 S. 241). Kann aber der Bürge seinen Regreßanspruch auf § 670 stützen, so kann ihm die kurze Verjährung der Hauptforderung nicht entgegengesetzt werden, denn der Ersatzanspruch aus § 670 verjährt in 30 Jahren. Vgl. Dernburg II § 289 unter III, 3.

[6]) Das preußische Recht (§§ 356 ff. I 14) gab dem Bürgen als solchem unter gewissen Voraussetzungen den Befreiungsanspruch gegen den Hauptschuldner. Dieser Anspruch kann aber nie aus der Bürgschaftsübernahme, sondern nur aus dem dieser zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse hergeleitet werden.. — Der Anspruch aus § 775 steht jedem Bürgen, auch dem selbstschuldnerischen, zu.

schaft im Auftrage[7]) des Hauptschuldners übernommen hat, ohne Weiteres jederzeit verlangen könnte, daß der Hauptschuldner ihn von der Bürgschaft befreie. Deshalb ist dieses Recht des Bürgen an gewisse Voraussetzungen geknüpft[8]).

1. Der Bürge kann die Befreiung verlangen, wenn eine Gefährdung des Bürgen dadurch eingetreten ist, daß die Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners sich wesentlich verschlechtert haben oder die Rechtsverfolgung gegen ihn durch die im § 775 No. 2 bezeichnete Veränderung wesentlich erschwert ist, ferner, wenn der Hauptschuldner dem Gläubiger gegenüber im Verzug ist, und endlich, wenn der Gläubiger den Bürgen bereits auf Erfüllung belangt und ein vollstreckbares Urtheil gegen ihn erwirkt hat.

2. Derselbe Anspruch steht dem Bürgen auch dann zu, wenn die Bürgschaftsübernahme sich als Geschäftsführung ohne Auftrag darstellt und der Bürge als Geschäftsführer den Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen hat[9]).

3. Der Bürge kann, wenn die Hauptverbindlichkeit noch nicht fällig ist, dem Bürgen, statt ihn zu befreien, Sicherheit leisten[10]).

§ 212. Die Verpflichtungen des Gläubigers gegenüber dem Bürgen.

I. Die Bürgschaft ist ein einseitiger Vertrag; er giebt dem Gläubiger Rechte, legt ihm aber keine Verpflichtungen gegenüber dem Bürgen auf. Der Gläubiger ist grundsätzlich nicht verpflichtet, die Interessen des Bürgen in der Art wahrzunehmen, daß er in der Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner mit irgend welcher besonderen Sorgfalt vorgeht[1]). Seine Rechte gegen den Bürgen werden daher im Allgemeinen dadurch nicht berührt, daß er Nachsicht gegenüber dem Hauptschuldner übt[2]).

---

[7]) Daß die Vorschrift des § 775 auch auf den Fall des § 675 zu beziehen ist, ist unbedenklich.

[8]) Es ist selbstverständlich, daß durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung der Bürge ein weitergehendes Recht auf Befreiung erlangen kann. A. will von B. ein Darlehen aufnehmen und bittet C., die Bürgschaft zu übernehmen, indem er ihm versichert, daß er spätestens in einem halben Jahre das Darlehen zurückgezahlt haben wird. Aber weder A. noch B. kündigen das Darlehen, so daß nach Ablauf des halben Jahres noch nicht einmal dessen Fälligkeit eingetreten ist. Man wird annehmen müssen, daß C. von A. die Befreiung von der Bürgschaft verlangen kann, da in der Zusicherung, daß er spätestens in einem halben Jahre das Darlehen zurückgezahlt haben wird, das Versprechen liegt, daß C. nach Ablauf dieser Frist von der Bürgschaft frei sein solle.

[9]) §§ 683, 684, 685. Vgl. oben § 190. Dem Bürgen steht also der Befreiungsanspruch insbesondere dann nicht zu, wenn er die Bürgschaft gegen den Willen des Hauptschuldners übernommen hat oder wenn er nicht die Absicht hatte, von dem Hauptschuldner Ersatz zu verlangen.

[10]) Vgl. oben § 70 unter I (S. 286).

[1]) Das preußische Recht (ALR. §§ 316 ff. I 14) hatte dem Gläubiger eine ziemlich weit gehende Diligenzpflicht auferlegt. Da eine solche im BGB. nicht besteht, vergiebt sich der Gläubiger nichts in seinen Rechten gegen den Bürgen, wenn er dem Hauptschuldner Stundung bewilligt. Vgl. M. II S. 680, 681, Prot. II S. 478, 479. Wenn der Bürge befürchtet, daß der Hauptschuldner in Vermögensverfall gerathen und daß seine spätere Regreßklage gefährdet werden könnte, so kann er entweder nach § 775 vom Hauptschuldner Befreiung verlangen oder seinerseits den Gläubiger befriedigen und die auf ihn übergegangene Forderung (§ 774) geltend machen.

[2]) Durch ausdrückliche oder stillschweigende Abrede kann selbstverständlich dem Gläubiger eine bestimmte Sorgfalt in seinem Vorgehen gegen den Hauptschuldner zur Pflicht gemacht werden. Auch kann bei einem dolosen Verhalten des Gläubigers eine Schadensersatzpflicht nach § 826 begründet sein. Ein solches doloses, ihn zum Schadensersatze verpflichtendes Verhalten des Gläubigers kann z. B. dann vorliegen, wenn er die ihm vom Hauptschuldner angebotene Leistung nicht annimmt. Im Allgemeinen wird aber, wenn der Gläubiger

1. Eine Ausnahme greift insofern Platz, als der Gläubiger die Forderung gegen den Hauptschuldner nicht dadurch verschlechtern darf, daß er ein Vorzugsrecht, eine Hypothek, ein Pfandrecht oder das Recht gegen einen Mitbürgen aufgiebt. Thut er es dennoch, so wird der Bürge insoweit von seiner Bürgschaft frei, als er aus dem aufgegebenen Rechte, welches nach § 774 auf ihn übergegangen wäre, Befriedigung wegen seiner Ersatzforderung hätte erlangen können[3]). Diese Befreiung tritt nicht nur ein, wenn das aufgegebene Recht schon zur Zeit der Bürgschaftsübernahme bestanden hat, sondern auch, wenn es erst später entstanden ist. § 776.

2. Eine fernere Ausnahme gilt für die *zeitlich beschränkte Bürgschaft*, jedoch nur für den Fall, daß eine solche Bürgschaft für eine Verbindlichkeit übernommen ist, die zur Zeit der Uebernahme bereits besteht[4]). Hat der Bürge sich für eine solche bereits bestehende Verbindlichkeit nur für eine bestimmte Zeit verbürgt, so entsteht die Frage, ob der Gläubiger den Bürgen *nur innerhalb der Zeit* in Anspruch nehmen könne oder ob und unter welchen Voraussetzungen er sich auch nach Ablauf der Zeit an den Bürgen halten könne. Das Gesetz schreibt vor, daß grundsätzlich der Bürge mit dem Ablaufe der Zeit von der Bürgschaft frei wird. Der Gläubiger kann aber diese Befreiung dadurch hindern, daß er dem Bürgen unverzüglich nach Ablauf der Zeit anzeigt, daß er ihn in Anspruch nehme. Hat er diese Anzeige erstattet, so bleibt die Haftung des Bürgen ohne zeitliche Begrenzung fortbestehen, der Inhalt der Haftung beschränkt sich aber auf denjenigen Umfang, welchen die Hauptverbindlichkeit *bei dem Ablaufe der Zeit* hat; spätere Erweiterungen treffen den Bürgen nicht. — Steht dem Bürgen die Einrede der Vorausklage zu, so daß der Gläubiger den Bürgen nicht sofort nach Ablauf der Frist, sondern erst nach Belangung des Hauptschuldners in Anspruch nehmen kann, so muß die hierzu erforderliche Zeit auch dem Gläubiger gewährt werden. Der Gläubiger muß daher, um zu verhindern, daß der Bürge mit Ablauf der bestimmten Zeit frei § 777.

---

dem Hauptschuldner gegenüber in Annahmeverzug kommt, der Bürge ebensowenig frei wie dies hinsichtlich des Hauptschuldners selbst der Fall ist (vgl. oben § 90 unter 1 S. 351).

[3]) Die Beweislast hierfür trifft den Bürgen.

[4]) Den Gegensatz bildet die Bürgschaft für eine *künftige Forderung*, insbesondere die sog. *Kreditbürgschaft*, d. h. die Bürgschaft, welche den Zweck hat, dem Hauptschuldner einen Kredit beim Gläubiger zu eröffnen. Eine solche Kreditbürgschaft kann mit oder ohne Zeitbeschränkung übernommen werden. Im ersteren Falle (z. B. der Bürge erklärt: Das Bankhaus A. & C. hat dem Herrn X. einen Wechselkredit eröffnet; für die Forderungen, welche dem genannten Bankhaus aus dieser Kreditgewährung gegen Herrn X. entstehen werden, übernehme ich für einen Zeitraum von drei Jahren vom heutigen Tage an die selbstschuldnerische Bürgschaft) entsteht die Frage, welche Bedeutung der Zeitbeschränkung beizulegen ist. Das BGB. enthält hierüber keine Bestimmung. Entscheidend ist die Intention der Parteien. Diese wird regelmäßig dahin gehen, daß die Bürgschaft sich nur auf diejenigen Ansprüche erstrecken soll, welche innerhalb der vereinbarten Zeit *entstehen*. Durch die Zeitbestimmung wird der *Umfang* der Haftung des Bürgen beschränkt, die Haftung selbst ist dadurch keine zeitlich begrenzte geworden. Ist die Bürgschaft für künftige Forderungen aus einem dauernden Verhältniß *ohne Zeitbeschränkung* übernommen (z. B. A. ist bei B. als Kassirer angestellt, C. verbürgt sich für alle Forderungen, welche aus diesem Verhältnisse für B. entstehen werden), so entsteht die Frage, ob der Bürge dauernd haften müsse oder ob er eine solche Bürgschaft kündigen könne. Auch hierüber enthält das Gesetz keine Vorschrift. Man wird annehmen müssen, daß dem Bürgen ohne besondere Vereinbarung zwar ein bestimmtes Kündigungsrecht nicht zusteht, daß aber die Parteien bei dem Abschlusse des Bürgschaftsvertrags eine angemessene, normale Dauer des Verhältnisses im Auge gehabt haben, so daß dadurch, daß Gläubiger und Hauptschuldner die Dauer des Verhältnisses übermäßig verlängern, die Verpflichtung des Bürgen nicht gegen Treu und Glauben erschwert werden kann. Vgl. auch Dernburg II § 290 unter IV, Oertmann Anm. 1c zu § 776.

wird, unverzüglich die Einziehung der Forderung gegen den Hauptschuldner betreiben[5]) und zwar muß er die im § 772 vorgeschriebenen Maßregeln vornehmen, er muß ferner das Verfahren ohne wesentliche Verzögerung fortsetzen und unverzüglich nach Beendigung des Verfahrens dem Bürgen die Anzeige erstatten, daß er ihn in Anspruch nehme.[6]) Hat der Gläubiger diese Verpflichtungen erfüllt, so bleibt ihm der Bürge verhaftet, seine Haftung beschränkt sich aber auf den Umfang, welchen die Hauptverbindlichkeit zur Zeit der Beendigung des Verfahrens gegen den Hauptschuldner hat.

Einunddreißigster Titel.

§ 213. Vergleich.

§ 779. I. Vergleich ist der Vertrag, durch den der Streit oder die Ungewißheit der Parteien über ein Rechtsverhältniß im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt wird.

1. Den Gegenstand des Vergleichs kann ein jedes Rechtsverhältniß bilden, nicht nur ein Schuldverhältniß, sondern auch ein dingliches, familienrechtliches, erbrechtliches Verhältniß. Ueber die Zulässigkeit des Vergleichs bestehen keine besonderen Vorschriften; es kommen die allgemeinen für Verträge gegebenen Grundsätze zur Anwendung. Danach ist jeder Vergleich zulässig, der nicht gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstößt[1]).

2. Das Rechtsverhältniß, über welches der Vergleich geschlossen wird, muß ein streitiges oder ungewisses sein, mag der Streit oder die Ungewißheit sich auf rechtlichem oder thatsächlichem Gebiete bewegen. Eine Ungewißheit liegt nicht nur vor, wenn es unsicher ist, ob die Existenz des Anspruchs dargethan

---

[5]) Ist die Forderung bei dem Ablaufe der Zeit noch nicht fällig, so ist gleichfalls zu unterscheiden, ob dem Bürgen die Einrede der Vorausklage zusteht oder nicht. Ist letzteres der Fall, so braucht der Gläubiger die Fälligkeit der Forderung nicht herbeizuführen. In dem Beispiele der vorhergehenden Anm. genügt es, wenn A. dem C. unverzüglich nach dem 1. April 1903 die Anzeige erstattet, wenn auch eine Kündigung des Darlehens noch gar nicht erfolgt ist. Die Haftung des C. bleibt bestehen, und zwar für den Umfang, den die Forderung am 1. April 1903 hatte. — Steht dem Bürgen dagegen die Einrede der Vorausklage zu, so muß der Gläubiger auch unverzüglich kündigen, denn die Herbeiführung der Fälligkeit gehört zum Betreiben der Einziehung der Forderung.

[6]) Selbstverständlich genügt erst recht eine schon vorher, etwa vor der Klage gegen den Hauptschuldner oder während des Prozesses erfolgte Anzeige. — Verzögerung setzt Verschulden voraus. Erfährt das Verfahren eine längere Unterbrechung, so muß sich der Gläubiger exkulpieren.

[1]) Gegen das Gesetz verstößt ein Vergleich nicht nur, wenn der Abschluß eines solchen besonders verboten ist (vgl. z. B. § 1614 Abs. 1), sondern auch wenn ein Rechtsverhältniß in der Weise geordnet ist, daß es der Disposition der Parteien entzogen ist. — Nach allgemeinen Grundsätzen ist auch die Frage zu beantworten, inwieweit Vergleiche, die sich auf strafbare Handlungen beziehen, zulässig sind. Soweit der Vergleich über die aus der strafbaren Handlung sich ergebenden zivilrechtlichen Ansprüche geschlossen wird, unterliegt seine Zulässigkeit keinem Bedenken. Wird im Vergleiche die Verpflichtung übernommen, bei einem Antragsdelikte keinen Strafantrag zu stellen, so kann dieser Vergleich an sich nicht als gegen die guten Sitten verstoßend erachtet werden. Zwar hindert der Vergleich nicht, daß trotzdem der Antrag gestellt und die Strafverfolgung eingeleitet wird, hat aber der Geschädigte in Folge des Vergleichs die Antragsfrist verstreichen lassen und dadurch seinerseits den Vergleich erfüllt, so ist auch der andere Theil zur Erfüllung verpflichtet. Vgl. M. II S. 652, 653, Dernburg II § 202 unter II.

werden kann, sondern auch, wenn das Bestehen des Anspruchs zwar sicher, seine Verwirklichung aber unsicher ist[2]).

3. Es muß sich um einen Streit oder eine Ungewißheit der Parteien handeln. Für den Begriff des Vergleichs ist nur wesentlich, daß eine subjektive Ungewißheit vorliegt, wobei es gleichgültig ist, wenn diese Ungewißheit in Wirklichkeit (objektiv) nicht bestanden hat[3]). Haben die Parteien das Rechtsverhältniß auf Grund gewisser Umstände für streitig und ungewiß gehalten und sich aus diesem Grunde verglichen, so wird die Wirksamkeit des Vergleichs in keiner Weise dadurch berührt, daß sich hinterher herausstellt, daß in Wirklichkeit hinsichtlich dieser Umstände ein Streit nicht bestehen konnte. Es liegt ein rechtlich unerheblicher Irrthum im Bewegungsgrunde vor[4]).

4. Der Streit oder die Ungewißheit der Parteien muß durch gegenseitiges Nachgeben beseitigt werden. Das gegenseitige Nachgeben der Parteien kann in allem bestehen, was Gegenstand einer Leistung sein kann: es kann auf ein Recht verzichtet, ein Recht anerkannt oder begründet, die Verpflichtung zur Leistung einer Sache, die Verpflichtung zu einer Unterlassung übernommen werden. Der Vergleich selbst hat an sich nur obligatorische Wirkungen; durch den Abschluß des Vergleichs werden zwischen den Parteien

---

[2]) Dieser Vorschrift des § 779 Abs. 2 liegt derselbe Gedanke zu Grunde wie der des § 409 I 16 ALR.: „Auch die Art der Erfüllung eines rechtskräftigen Urteils können die Parteien durch Vergleich näher bestimmen.“ Das ist gerade im Leben ein sehr häufiger Fall des Vergleichs, daß der Anspruch an sich feststeht und völlig bestimmt ist, die Parteien aber über die Erfüllung sich dahin einigen, daß der Gläubiger wegen der Unsicherheit seines Schuldners einen Theil seines Anspruchs aufgiebt, um wegen des Restes eine Sicherstellung oder sofortige Befriedigung zu erlangen. Selbstverständlich ist, daß über ein rechtskräftiges Urteil ein Vergleich auch insoweit geschlossen werden kann, als der Inhalt und Umfang der Entscheidung zwischen Parteien streitig ist.

[3]) Vgl. RG. in Gruchot Bd. 46 S. 363 („ungewiß ist auch, was nur die Parteien nicht wissen“).

[4]) E. I § 667 Abs. 1 bestimmte: Die Gültigkeit eines Vergleichs wird dadurch nicht beeinträchtigt, daß ein Vertragschließender in Ansehung eines Umstandes geirrt hat, welcher Gegenstand des Streites oder der Ungewißheit war. Die zweite Kommission hat die Vorschrift als selbstverständlich angesehen und sie deshalb gestrichen (Prot. II S. 521, 526). A. verlangt von B. ein diesem gegebenes Darlehen zurück. B. behauptet zwar, A. habe ihm diese Schuld erlassen. Da aber der einzige Zeuge, der bei dieser Vereinbarung zugegen gewesen, nach der Meinung des B. verstorben ist, vergleicht sich B. mit A. Hinterher stellt sich heraus, daß der Zeuge lebt und den Erlaß mit aller Bestimmtheit bekundet. Eine Anfechtung des Vergleichs wegen dieses Irrthums ist unzulässig. Nicht anders liegt die Sache, wenn eine der Parteien nach dem Abschlusse des Vergleichs Urkunden auffindet, aus denen sich die Existenz oder Nichtexistenz des Rechtsverhältnisses klar ergiebt. Das Preuß. Recht (ALR. I 16 § 420) ließ die Anfechtung des Vergleichs propter instrumenta noviter reperta zu. A. verlangt von B. die Rückzahlung eines Darlehens, welches er dem Vater des B. gegeben hat. B. nimmt zwar bestimmt an, daß sein Vater das Darlehen längst zurückgezahlt hat, da er aber keinen Beweis dafür hat, vergleicht er sich mit A. Später findet er die von A. ausgestellte Quittung. Er kann den Vergleich wegen dieses Irrthums nicht anfechten. Auch der Umstand kann eine andere Entscheidung nicht begründen, daß diejenige streitige Frage, welche durch den Vergleich beigelegt werden sollte, durch ein rechtskräftiges Urtheil entschieden ist, welches den Parteien unbekannt gewesen ist. A. hat in erster Instanz ein obsiegendes Urtheil gegen B. erstritten, gegen welches dieser Berufung eingelegt hat. Mit Rücksicht auf die Zweifelhaftigkeit der Sache vergleicht sich A. mit B. Später erfährt er, daß die Einlegung der Berufung unwirksam und das erstinstanzliche Urtheil zur Zeit des Abschlusses des Vergleichs bereits rechtskräftig gewesen ist. Es liegt gleichfalls nur ein rechtlich irrelevanter Irrthum im Motive vor. Dasselbe wäre der Fall, wenn nach dem Abschlusse des Vergleichs etwa ein in Vergessenheit gerathenes rechtskräftiges Urtheil aufgefunden würde. Denn für die Parteien ist das Rechtsverhältniß streitig oder ungewiß gewesen und diesem ihrem Streite haben sie durch den Vergleich ein Ende machen wollen und ein Ende gemacht. Vgl. Prot. II S. 523. Vgl. jedoch auch Anm. 11.

nur persönliche Verpflichtungen begründet, zu deren Erfüllung das entsprechende dingliche Erfüllungsgeschäft vorgenommen werden muß[5]). Da der Vergleich ein gegenseitiges Nachgeben voraussetzt, so stellt er sich als ein gegenseitiger Vertrag dar: die Leistung der einen Partei ist das Entgelt für die Leistung der anderen Partei[6]). Es kommen somit die für die gegenseitigen Verträge geltenden Vorschriften zur Anwendung[7]).

5. Durch den Vergleich wird der Streit oder die Ungewißheit beseitigt. Inwieweit das Rechtsverhältniß selbst durch den Vergleich eine Aenderung erfährt, hängt von der Vereinbarung der Parteien ab[8]). In demjenigen Umfang, in welchem der aus dem Rechtsverhältnisse sich ergebende Anspruch bestehen bleibt, bleiben in Ermangelung besonderer Vereinbarungen auch alle seine Vorzugs- und Nebenrechte bestehen.

II. Für den Vergleich gelten die allgemeinen für Verträge und Rechtsgeschäfte gegebenen Grundsätze[9]); nach diesen Grundsätzen richtet sich auch die Anfechtung des Vergleichs wegen Irrthums[10]), arglistiger Täuschung und wider-

[5]) Dies schließt natürlich nicht aus, daß die obligatorische Verpflichtung und das dingliche Erfüllungsgeschäft äußerlich zusammenfallen und uno actu vorgenommen werden, so daß häufig die Trennung dieser beiden Rechtsgeschäfte gar nicht in die Erscheinung tritt, auch den Parteien selbst nicht klar wird. Dennoch ist es für die rechtliche Konstruktion und zur Feststellung der gegenseitigen Verpflichtungen der Parteien nothwendig, den Vergleich als das obligatorische Kausalgeschäft und das dingliche Erfüllungsgeschäft auseinanderzuhalten. (Vgl. oben über den sog. Handkauf § 128 Anm. 1, ferner oben § 117 unter II S. 437.) Wenn es in einem Vergleiche heißt, daß A. dem B. eine Forderung abtritt, so ist die stillschweigend übernommene Verpflichtung zur Uebertragung der Forderung gleichzeitig erfüllt worden. Entsteht nun die Frage, in welcher Weise A. dem B. Gewähr zu leisten hat, so gelangt man zu der richtigen Antwort durch die Feststellung, daß dem abstrakten Abtretungsvertrag als Kausalgeschäft ein Vergleich zu Grunde liegt, daß der Vergleich als gegenseitiger Vertrag zum Gegenstande hatte die Veräußerung einer Forderung gegen Entgelt und daß demgemäß nach § 445 die für den Kauf gegebenen Vorschriften Anwendung finden.

[6]) Fehlt es an jeder Leistung seitens einer Partei, so liegt in Wirklichkeit ein Vergleich nicht vor. Dies ist von besonderer Wichtigkeit in denjenigen Fällen, in welchen an den Abschluß eines Vergleichs besondere Folgen geknüpft sind. Wenn die CPO. in den Fällen des § 794 Nr. 1 u. 2 Vergleiche für vollstreckbare Schuldtitel erklärt, wenn ferner der § 32 der preußischen Schiedsmannsordnung vom 29. März 1879 aus den vor einem Schiedsmanne geschlossenen Vergleichen die Zwangsvollstreckung zuläßt, so ist anzunehmen, daß diesen gesetzlichen Bestimmungen der materiell rechtliche Begriff des Vergleichs zu Grunde gelegt ist (vgl. M. II S. 650, Planck Vorb. II vor § 779) und daß somit die Zwangsvollstreckung unzulässig ist, wenn ein Vergleich im Sinne des § 779 nicht vorliegt. — Auch unter dem Vergleich im § 98 CPO. ist ein Vergleich im Sinne des materiellen Rechtes zu verstehen (RG. in Gruchot Bd. 45 S. 363 ff.).

[7]) §§ 320 ff., insbesondere §§ 325, 326. Soweit der eine Theil sich zur Leistung einer Sache verpflichtet, kommen hinsichtlich der Gewährleistung wegen Mängel der Sache und Mängel im Rechte die für den Kauf geltenden Vorschriften zur Anwendung, §§ 445, 493. Vgl. RG. in JW. 1903 Beil. 7 S. 57 Nr. 132.

[8]) Das BGB. giebt auch keine besonderen Auslegungsregeln über den Vergleich. Die Vorschrift des preuß. Rechtes (ALR. I, 16 §426), daß Vergleiche nicht über die Gegenstände, auf die sie sich beziehen, ausgedehnt werden dürfen, ist selbstverständlich. Das preuß. Recht (§§ 427, 428 a. a. O.) schrieb ferner vor, daß, wenn die Parteien sich über alle ihre wechselseitigen Forderungen verglichen haben, doch diejenigen Posten ausgenommen bleiben, welche einem Theile oder beiden Theilen erst nach dem Vergleiche bekannt geworden sind. Diese Auslegungsregel wird allerdings häufig der Absicht der Parteien entsprechen; häufig wird aber auch ihr Wille dahin gehen, den Vergleich auch auf die unbekannten Ansprüche zu erstrecken.

[9]) Auch eine besondere Formvorschrift ist für den Vergleich nicht gegeben. Wird aber in dem Vergleich eine Verpflichtung übernommen, zu deren Gültigkeit die Beobachtung einer besonderen Form erforderlich ist (z. B. § 313, § 311, § 761), so gilt diese Formvorschrift auch für den Vergleich.

[10]) Daß neben dem § 779 die allgemeine Regel des § 119 besteht, kann nicht zweifelhaft sein. Vgl. Oertmann Anm. 2 zu 779.

rechtlicher Drohung. Eine besondere Regelung hat der Fall erfahren, daß die Parteien einen bestimmten Sachverhalt als feststehend angenommen und diesen Sachverhalt ihren Vergleichsverhandlungen zu Grunde gelegt haben. Entspricht dieser Sachverhalt nicht der Wirklichkeit, so ist der Vergleich unwirksam. Hierzu ist zu bemerken:

1. Es genügt nicht, daß eine der beiden Parteien einen bestimmten Sachverhalt als feststehend angenommen und, von dieser Annahme ausgehend, den Vergleich abgeschlossen hat. Bei einer solchen Sachlage würde es sich nur um einen Irrthum im Bewegungsgrunde handeln, der auf die Wirksamkeit des Vergleichs keinen Einfluß hätte. Es muß vielmehr der Sachverhalt nach dem Inhalte des Vertrags als feststehend zu Grunde gelegt worden sein, d. h. beide Parteien müssen eine bestimmte Thatsache als feststehend angesehen haben und zwar so, daß dieses Feststehen, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend [11]), zu einem Theile des Vertrags gemacht worden ist. Ist dies der Fall, so ist der Vertrag gewissermaßen unter der Bedingung geschlossen, daß dieser als feststehend angenommene Sachverhalt auch der Wirklichkeit entspricht. Die spätere Feststellung, daß dies nicht der Fall ist, wirkt ähnlich wie der Eintritt einer auflösenden Bedingung.

2. Die Folge ist die Unwirksamkeit des Vergleichs. Es bedarf somit, anders wie beim Irrthume, keiner Anfechtung. Die Unwirksamkeit tritt von selbst ein; sie kann von jeder der Parteien geltend gemacht werden, und zwar ohne zeitliche Beschränkung. Leistungen, welche auf Grund des Vergleichs gemacht sind, unterliegen der Rückforderung wegen ungerechtfertigter Bereicherung.

3. Worin der zu Grunde liegende Sachverhalt besteht, ist grundsätzlich gleichgültig. Auch ein Umstand, der an sich unerheblich ist, kann durch die Vereinbarung der Parteien zu einer Voraussetzung für den Vergleich gemacht werden. Die Unwirksamkeit tritt aber nur dann ein, wenn bei Kenntniß der wahren Sachlage ein Streit oder eine Ungewißheit überhaupt nicht entstanden wäre. Ob die Unkenntniß der wahren Sachlage auf einem Verschulden beruht oder unverschuldet ist, ist unerheblich. Auch eine dem § 122 entsprechende Schadensersatzpflicht besteht nicht.

---

[11]) Eine solche stillschweigende Vereinbarung wird insbesondere dann anzunehmen sein, wenn eine der Parteien einen bestimmten Umstand zur Voraussetzung für den Abschluß des Vergleichs gemacht hat und dies der anderen Partei bekannt gewesen ist, denn in diesem Falle „eignet sich der wissende Theil die Voraussetzung des irrenden anderen Theiles an" (M. II S. 655, Prot. II S. 527). In einem solchen Falle wird freilich die Abgrenzung gegenüber dem bloßen Irrthum im Motive häufig schwierig sein. Man wird untersuchen müssen, ob beide Parteien gewissermaßen den Vergleich unter der Bedingung geschlossen haben, daß ein gewisser Umstand der Wirklichkeit entspricht (Prot. II S. 522, vgl. Planck Anm. 2a zu § 779), und zwar muß dies ein Umstand sein, welcher den Streit oder die Ungewißheit ausgeschlossen haben würde, so daß für einen Vergleich überhaupt kein Raum gewesen wäre. A. als Intestaterbe vergleicht sich mit einem Nachlaßgläubiger; später wird ein Testament aufgefunden, durch welches A. von der Erbfolge ausgeschlossen ist. Der Vergleich ist unwirksam, da beide Parteien den Umstand, daß A. Erbe ist und für die Nachlaßschulden haftet, als feststehend angesehen haben und da ohne diesen Irrthum ein Streit zwischen den Parteien überhaupt nicht entstanden wäre; sie haben gewissermaßen vereinbart, der Vergleich solle nur gelten, wenn A. auch wirklich Erbe ist. (Vgl. Prot. II S. 521, 522.) — A. und B. führen einen Prozeß miteinander; A. hat gegen das ihm ungünstige Urtheil zweiter Instanz Revision eingelegt. In der Meinung, die Entscheidung des Reichsgerichts sei noch nicht ergangen, schlägt er dem A. vor, es zu einer solchen Entscheidung nicht erst kommen zu lassen, sondern einen Vergleich zu schließen, bevor das Reichsgericht geurtheilt hat. Der Vergleich wird geschlossen. Auch hier wird man annehmen müssen, daß beide Parteien das Nichtvorhandensein eines rechtskräftigen Urtheils zur Voraussetzung des Vergleichs gemacht haben, so daß dieser unwirksam ist, wenn zur Zeit des Vergleichsabschlusses die Entscheidung des Reichsgerichts bereits ergangen war.

Zweiunddreißigster Titel.

§ 214. Schuldversprechen, Schuldanerkenntniß [1].

Während das frühere Recht das Anerkenntniß nur als Verstärkungsmittel für Verträge behandelte, das seine Verbindlichkeit aus dem ursprünglichen Schuldgrunde herleitet und nur den Zweck hat, den Mangel der vorgeschriebenen Form, der freien und ernstlichen Einwilligung oder der persönlichen Fähigkeit eines Kontrahenten zu heilen, hat das BGB., den Bedürfnissen des Verkehrs und der Rechtsentwicklung [2]) folgend, dem vom Schuldgrund unabhängigen Schuldanerkenntnisse verbindliche Kraft beigelegt (§§ 780—782).

I. Den konkreten (vom Schuldgrund abhängigen) Anerkennungsvertrag hat das BGB. nicht geregelt. Ob ein solcher Vertrag nur ein Beweismittel oder eine neue Verpflichtung schaffen soll und welche Wirkung ihm in letzterem Falle zukommt, ist nach den Umständen des einzelnen Falles zu entscheiden [3]). Die schriftliche Bestätigung eines wegen Mangels der Schriftform nichtigen Vertrags heilt den Formmangel nur, wenn sie alle Erfordernisse des Vertrags erfüllt (§ 141). Das Gleiche gilt für die Bestätigung eines wegen eines Willensmangels oder wegen Geschäftsunfähigkeit einer Partei nichtigen Vertrags (§§ 116—118, 105). Eine solche Bestätigung bedarf danach auch der für den Vertrag vorgeschriebenen Form, während dies bei der Bestätigung der nur anfechtbaren Verträge (§§ 119, 120, 123) nicht der Fall ist (§§ 144 Abs. 2) [4]).

---

[1]) Vgl. hierzu Oertmann, das abstrakte Geschäft im BGB. (Allgem. österreich. Gerichtszeitung 1897 S. 249 ff.), Collatz, zur Lehre vom Schuldversprechen, Schuldanerkenntniß und von der Quittung (Iherings Jahrb. Bd. 40 S. 127 ff.), Ackermann, über das Verhältniß des Schuldversprechens und des Schuldanerkenntnisses zu ihrem Schuldgrunde (Gruchot Bd. 44 S. 573 ff.), Neumann, zur Lehre von dem Verpflichtungsgrunde (Gruchot Bd. 45 S. 503 ff.), Neubecker, der abstrakte Vertrag (Archiv f. bürgerl. Recht Bd. 22 S. 34 ff.), Thur, zur Lehre von den abstrakten Verträgen (Festschrift zu August Sigmund Schultzes 70. Geburtstag S. 27 ff.).

[2]) Auch in der Theorie und Praxis des gemeinen und des preußischen Rechtes hatte die Anerkennung der Wirksamkeit des abstrakten Schuldanerkenntnisses erhebliche Fortschritte gemacht, insbesondere auf Grund der Schrift von Bähr „die Anerkennung als Verpflichtungsgrund". Vgl. Dernburg Pand. II § 22, Dernburg PP. II § 15, RG. Bd. 2 S. 337, Bd. 3 S. 264—265, Bd. 26 S. 76, JW. 1895 S. 304 Nr. 41, Gruchot Bd. 40 S. 375; abweichend Eccius I § 76.

[3]) A. hat von B. im Laufe des Jahres 1896 10 Darlehen zu je 100 Mark erhalten und über jedes einen Schuldschein gegeben. Auf Bitten des B., der nicht 10 Schuldscheine aufbewahren und nur eine Forderung haben möchte, händigt ihm A. ein Schriftstück des Inhalts aus: „Ich erkenne an, dem B. aus einem im Jahre 1896 empfangenen Darlehen 1000 Mark zu schulden." Dieses Anerkenntniß schafft dem B. ein neues Beweismittel, es begründet aber auch für A. an Stelle der 10 alten eine neue Verpflichtung. Diese beruht aber nicht ausschließlich auf dem Anerkenntnisse, sondern bleibt abgängig von dem ursprünglichen Schuldgrunde (den 10 Darlehen). Wenn B. das Darlehen kündigt und einklagt, so kann A. z. B. einwenden, daß Rückzahlung erst nach 5 Jahren bei Hingabe der Darlehen vereinbart worden ist. — Wenn ein geltend gemachter Anspruch dem Grunde aber nicht der Höhe nach anerkannt wird (vgl. das Recht Bd. 6 S. 472), so liegt hierin regelmäßig nicht ein abstraktes Schuldanerkenntniß. Die Parteien wollen in diesem Falle nicht ein neues selbständiges Schuldverhältniß begründen, sondern nur die bestehende Verbindlichkeit feststellen (vgl. Ackermann a. a. O. S. 576 ff.). Daraus daß gegenüber diesem Anerkenntniß Einwendungen gegen die Verpflichtung nicht mehr erhoben werden können, folgt nicht, daß ein abstraktes Schuldanerkenntniß vorliegt. Bei Feststellung der Schadenshöhe kommt der Schuldgrund in Betracht.

[4]) Näheres über die Bestätigung siehe oben § 45 unter I, 4 S. 181, II, 3 S. 183 und über die Genehmigung oben § 56 S 221 ff.

II. Die Wirksamkeit des abstrakten (vom Schuldgrund unabhängigen) Schuldanerkenntnisses ist im § 781 anerkannt, ihm ist im § 780 das abstrakte Schuldversprechen gleichgestellt. Im Sinne des BGB. sind unter „Schuldanerkenntniß“ und „Schuldversprechen“ stets das abstrakte Anerkenntniß und das abstrakte Versprechen zu verstehen. §§ 780, 781.

1. Schuldanerkenntniß und Schuldversprechen sind Verträge (nicht einseitige Rechtsgeschäfte, §§ 780, 781), durch welche das Bestehen eines Schuldverhältnisses anerkannt, beziehungsweise eine Leistung versprochen wird und zwar in der Weise, daß das Anerkenntniß bezw. das Versprechen die Verpflichtung selbständig begründen soll. Begrifflich setzt das Schuldanerkenntniß einen bestehenden Verpflichtungsgrund voraus, der durch das Anerkenntniß als selbständigen Verpflichtungsgrund ersetzt wird, während das Schuldversprechen das Schuldverhältniß von vornherein als ein von einem anderen Verpflichtungsgrund unabhängiges zur Entstehung bringt. Thatsächlich ist jedoch der Unterschied nur ein formeller, im Verkehre finden in beiden Fällen Schuldanerkenntniß wie Schuldversprechen Anwendung [5]).

Für die Frage, ob ein abstraktes Schuldanerkenntniß oder ein abstraktes Schuldversprechen vorliegt, ist gleichgültig, ob der eigentliche Verpflichtungsgrund gar nicht oder nur im allgemeinen oder vollständig angegeben ist. Auch in letzterem Falle kann der Vertrag ein abstrakter sein. Entscheidend ist nur, ob Anerkenntniß oder Versprechen unabhängig von dem angeführten oder nicht angeführten Verpflichtungsgrund abgegeben sind [6]) [7]).

---

[5]) Schuldanerkenntniß: Ich erkenne an, dem A. 100 Mk., zahlbar am 1. Oktober 1900, zu schulden. Schuldversprechen: Ich verpflichte mich, an A. 100 Mk. am 1. Oktober 1900 zu zahlen. Häufig werden auch beide gleichzeitig angewendet: Ich erkenne an, dem A. 100 Mk. zu schulden und verpflichte mich, sie am 1. Oktober 1900 zu zahlen.

[6]) A. verkauft an B. zwei Pferde für den Preis von 1000 Mk., von denen je 500 Mk. am 1. April und 1. Oktober 1900 gezahlt werden sollen. Im Vertrage verpflichtet sich B., dem A., der sofort Geld braucht, über die ersten 500 Mk. ein besonderes schriftliches Anerkenntniß zu geben, auf das sich A. nach seiner Angabe leicht Geld verschaffen kann. Hier ergiebt sich schon aus den Umständen, daß nach dem Willen der Parteien das Anerkenntniß ein abstraktes sein soll, das dem A. die Verwerthbarkeit seines Anspruchs erleichtert. A. erhält nun von B. folgendes Schriftstück: 1. „Ich verpflichte mich, am 1. April 1900 an A. 500 Mk. zu zahlen.“, oder 2. „Ich erkenne an, dem A. aus einem Kaufvertrage 500 Mk. zu schulden, welche am 1. April 1900 zahlbar sind.“, oder 3. „Durch Vertrag vom 2. Januar 1900 habe ich von A. zwei Pferde für den Preis von 1000 Mk. gekauft und mich verpflichtet, hiervon je 500 Mk. am 1. April und 1. Oktober 1900 zu zahlen. Ich erkenne hiermit an, daß ich die ersten 500 Mk. am 1. April 1900 zu zahlen habe.“ In allen 3 Fällen liegt ein abstraktes Schuldversprechen bezw. ein abstraktes Schuldanerkenntniß vor.

[7]) Das RG. führt in der Entscheidung Bd. 48 S. 133 ff. aus, daß in dem zur Entscheidung stehenden Falle eine Schenkung oder ein abstraktes Schuldversprechen vorliege, weil der Beklagte eine Gegenleistung nicht versprochen habe und ein Rechtsgrund, aus dem Kläger zu dem Versprechen verpflichtet gewesen sein könnte, nicht ersichtlich sei (S. 136). Beide Entscheidungsgründe erscheinen unzutreffend. Weder folgt aus dem Fehlen einer Gegenleistung unbedingt das Vorliegen einer Schenkung (siehe oben § 148 S. 528 ff., S. 529 Anm. 5) noch ist das Vorhandensein einer Verpflichtung dafür entscheidend, ob ein abstraktes Schuldversprechen vorliegt oder nicht. Auch wenn der Versprechende zu der versprochenen Leistung ohnehin verpflichtet war, kann das Versprechen ein abstraktes sein (siehe Anm. 6). Andererseits braucht das Versprechen oder das Anerkenntniß kein abstraktes zu sein, auch wenn eine Verpflichtung zu der versprochenen oder anerkannten Leistung nicht vorhanden war. Wenn z. B. ein Minderjähriger, der eine Sache für 100 Mk. gekauft hat, nach erlangter Volljährigkeit anerkennt, daß er aus diesem Kaufvertrage 100 Mk. schulde, so liegt ein konkretes, nicht ein abstraktes Anerkenntniß vor, obwohl eine Verpflichtung zur Zahlung der 100 Mk. nicht bestand. — Vgl. zu der in Rede stehenden Entscheidung des RG. Putzler in der JW. 1901 Nr. 46—50 S. 387 ff. und besonders Neumann in Gruchot Bd. 45 S. 503 ff.

Die Wirksamkeit des abstrakten Vertrags setzt nur voraus, daß in der vorgeschriebenen Form eine Leistung versprochen oder das Bestehen eines Schuldverhältnisses anerkannt und die Erklärung von dem anderen Theile angenommen wird. Im übrigen finden die allgemeinen Vorschriften über Verträge (§§ 149 ff.) und über den Inhalt der Schuldverhältnisse (§§ 241 ff.) auch auf die abstrakten Verträge Anwendung [8]).

2. Ihrem Gegenstande nach sind Schuldanerkenntniß und Schuldversprechen in keiner Weise beschränkt, insbesondere nicht auf die Leistung von Geld und anderen vertretbaren Sachen (anders HGB. § 363). Ihr Gegenstand kann vielmehr jede Leistung sein, auch kann die Leistung von einer Gegenleistung abhängig gemacht sein [9]).

3. Beide Verträge erfordern zu ihrer Wirksamkeit Schriftlichkeit der Anerkennungserklärung bezw. des Schuldversprechens.

Die Annahme des Anerkenntnisses oder Versprechens seitens des Gläubigers bedarf keiner Form; sie kann und wird in der Regel stillschweigend geschehen (z. B. durch Annahme der Urkunde). Der Gläubiger, welcher auf Grund der in seinem Besitze befindlichen Urkunde einen Anspruch geltend macht, braucht regelmäßig nicht noch die Aushändigung der Urkunde seitens des Schuldners und die Annahme des Versprechens oder des Anerkenntnisses zu beweisen. Dieser Beweis wird regelmäßig durch den Besitz der Urkunde als geführt anzusehen sein [10]).

Von dem Erfordernisse der Schriftlichkeit bestehen folgende Ausnahmen:

§ 781 Abs. 2. a) Eine Erschwerung der Form tritt ein, soweit für die Begründung einer Verpflichtung der versprochenen oder anerkannten Art eine andere Form vorgeschrieben ist. In diesem Falle bedarf der Vertrag der vorgeschriebenen Form, also nicht nur Anerkenntniß und Versprechen, sondern auch deren Annahme [11]).

---

[8]) Es ist nicht abzusehen, warum bei abstrakten Verträgen Ort und Zeit der Leistung genauer festgestellt werden müßten (so Endemann I § 194 Anm. 8, Rechtsprech. der OLG. Bd. 4 S. 51) als bei anderen Verträgen. Ein von A. ausgestelltes Schriftstück: „Ich verpflichte mich, an B. 100 Mk. zu zahlen", ist ein wirksames Schuldversprechen im Sinne des § 780. Für den Ort der Leistung gelten die §§ 269, 270, für die Zeit der § 271. — Ebenso wenig ist es zutreffend, daß durch die Verdeckung des Verpflichtungsgrundes die Auslegung nach Treu und Glauben (§ 157, vgl. § 242) ausgeschlossen sei (Endemann a. a. O., dagegen Cosak II § 162 IV, 2). Aus der Unabhängigkeit vom Schuldgrunde folgt nur, daß man auf diesen auch bei der Auslegung des Vertrags nicht zurückgehen darf. Wenn auch danach die Berücksichtigung von Treu und Glauben eine beschränktere sein wird, so ist doch auch der abstrakte Vertrag als solcher auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern (§ 157). Ebenso ist die versprochene oder anerkannte Leistung in Gemäßheit des § 242 zu bewirken. Vgl. Crome II § 303 unter 3.

[9]) „Ich verpflichte mich, dem C. am 1. Juli d. Js. mein Pianino gegen Zahlung von 60 Mk. zu übergeben", ist ein wirksames abstraktes Schuldversprechen. — Dadurch, daß die anerkannte oder versprochene Leistung von einer Gegenleistung abhängig gemacht wird, wird das Schuldanerkenntniß oder das Schuldversprechen nicht zu einem gegenseitigen Vertrage. Dies schon deshalb nicht, weil damit noch nicht der andere Theil eine Verpflichtung zu der Gegenleistung übernimmt. Ist dies aber der Fall, so liegt eben kein abstrakter Vertrag vor. Schuldanerkenntniß und Schuldversprechen können niemals gegenseitige Verträge sein. Die entgegengesetzte Ansicht von Cosack I § 161 IV, 1 bezüglich des Schuldanerkenntnisses erscheint irrig. Vgl. dagegen auch Crome II § 304 Anm. 10. Dem Schuldanerkenntnisse kann ein gegenseitiger Vertrag zu Grunde liegen (siehe Anm. 6) oder es kann mit ihm der Abschluß eines solchen bezweckt sein (vgl. Oertmann Vorbem. 5 vor § 780 ff.), aber das abstrakte Anerkenntniß selbst ist seiner Natur nach stets ein einseitiger Vertrag (vgl. auch Endemann I § 194 unter 2).

[10]) Fischer-Henle Anm. 1, Kuhlenbeck Anm. 1 zu § 780.

[11]) Wenn A. dem B. verspricht, ihm ein Grundstück aufzulassen, oder wenn er anerkennt, zur Auflassung verpflichtet zu sein, so müssen Versprechen bezw. Anerkenntniß und

Ferner besteht ausnahmsweise in einem Falle in Ansehung der Form eine Abhängigkeit des abstrakten Vertrags von dem eigentlichen Verpflichtungsgrunde. Wenn nämlich ein Schuldversprechen oder ein Schuldanerkenntniß schenkweise ertheilt wird, so bedürfen sie (nicht die Annahme) der für das Schenkungsversprechen erforderlichen gerichtlichen oder notariellen Beurkundung (§ 518 Abs. 1)[12]). Den Beweis dafür, daß eine schenkweise Ertheilung des Versprechens oder des Anerkenntnisses vorliegt, hat der Schuldner zu führen.

b) Die Schriftform ist nicht erforderlich, wenn Schuldanerkenntniß oder Schuldversprechen auf Grund einer Abrechnung[13]) oder im Wege des Vergleichs (§ 782) oder wenn sie von Vollkaufleuten ertheilt werden und auf deren Seite Handelsgeschäfte sind (HGB. §§ 350, 351). Daß die Voraussetzungen für die Gültigkeit des nur mündlichen Schuldanerkenntnisses oder Schuldversprechens vorliegen, hat der Gläubiger zu beweisen. — In allen Fällen bezieht sich die Befreiung nur auf das Erforderniß der Schriftlichkeit, nicht auf die etwa vorgeschriebene andere Form. So bedarf das Versprechen, das Eigenthum an einem Grundstücke zu übertragen oder das Anerkenntniß einer entsprechenden Verpflichtung stets eines gerichtlich oder notariell beurkundeten Vertrags, auch wenn das Anerkenntniß auf Grund eines Vergleichs oder das Versprechen als Handelsgeschäft von einem Vollkaufmann ertheilt wird. § 782.

Soweit Schriftlichkeit oder eine andere Form nicht erforderlich ist, kann das Schuldversprechen oder das Schuldanerkenntniß auch stillschweigend erfolgen[14]).

4. Die Bedeutung des (abstrakten) Schuldanerkenntnisses und Schuldversprechens besteht darin, daß sie die Verpflichtung von dem ihr zu Grunde liegenden Schuldverhältnisse loslösen, so daß nicht dieses, sondern der Anerkennungsvertrag oder das Versprechen den Inhalt der Verpflichtung bestimmen.

---

deren Annahme gerichtlich oder notariell beurkundet werden (§ 313), aus welchem Grunde auch die Verpflichtung übernommen wird, also auch dann, wenn ein abstraktes Versprechen oder ein abstraktes Anerkenntniß vorliegt (§§ 780, 781 S. 2). — Auf einem Irrthume beruht die von Ackermann a. a. O. S. 582 gegebene Entscheidung des Falles, daß B., der von A. ein nach 6 Monaten aufzulassendes Grundstück für 300 Mk. mündlich gekauft hat, daraufhin dem A. ein abstraktes schriftliches Schuldversprechen giebt, ihm nach zwei Monaten 300 Mk. zu zahlen. Dieses Versprechen soll nichtig sein, weil es mit Rücksicht auf ein Geschäft über ein Grundstück abgegeben worden ist. Aber für das Versprechen, eine Zahlung zu leisten, ist eine andere Form (§ 780) nicht vorgeschrieben. Der mündliche Kaufvertrag über das Grundstück ist nichtig; ebenso wäre das schriftliche abstrakte Versprechen des A., dem B. das Eigenthum an dem Grundstück zu übertragen, unwirksam. Dagegen ist das schriftliche abstrakte Zahlungsversprechen an sich wirksam. B. kann jedoch nach § 812 Abs. 1 S. 1 wegen Nichtigkeit des Kaufvertrags das Zahlungsversprechen kondizieren oder die Zahlung auf Grund der Kondiktionseinrede verweigern oder er kann, wenn er gezahlt hat und A. nach 6 Monaten die Auflassung ablehnt, weil der Kaufvertrag nichtig sei, die gezahlten 300 Mk. nach § 812 Abs. 1 S. 2 zurückfordern (siehe unten unter 4 b).

[12]) Durch den in den §§ 780, 781 enthaltenen Vorbehalt für die schwerere Form wird der Fall der Schenkung nicht getroffen. Es ist deshalb irrig, als Beispiel zu diesen §§ den § 518 Abs. 1 anzuführen. Der Vorbehalt bezieht sich auf das Formerforderniß für die Verpflichtung zu Leistungen bestimmter Art (§§ 311, 313), naturgemäß aber nicht auf die Verpflichtung aus bestimmten Rechtsgründen (§ 518 Abs. 1 S. 1). Deshalb war die Sonderbestimmung des § 518 Abs. 1 S. 2 erforderlich. Vgl. hierzu Thur a. a. O. S. 41 ff.

[13]) Der Abrechnungsvertrag stellt eine Art des Schuldanerkenntnisses dar. Er ist ein Vertrag, in dem nach erfolgter Abrechnung der eine Theil anerkennt, dem anderen noch einen Saldo zu verschulden, während die einzelnen Rechnungsposten und der ihnen zu Grunde liegende Thatbestand unerwähnt bleiben (M. II S. 691).

[14]) Z. B. wenn A. dem B. eine Abrechnung ertheilt und B., ohne diese zu bemängeln, um Stundung des Saldo bittet.

Bezüglich der Einwendungen, welche dem Versprechenden oder Anerkennenden zustehen, gilt hiernach folgendes[15]):

a) Dem Schuldner stehen zunächst alle Einwendungen zu, welche aus dem Versprechen oder dem Anerkenntnisse selbst hervorgehen. War z. B. der Schuldner bei Abgabe der Erklärung geschäftsunfähig, verstößt diese gegen die guten Sitten[16]), so sind Schuldversprechen und Schuldanerkenntniß unwirksam. Ist der Schuldner durch Irrthum, durch arglistige Täuschung oder Drohung zur Abgabe der Erklärung bestimmt worden, so kann er diese anfechten[17]).

b) Einwendungen aus dem Schuldverhältnisse, das etwa dem Schuldversprechen oder dem Schuldanerkenntnisse zu Grunde liegt, sind der abstrakten Natur des Vertrags entsprechend grundsätzlich unzulässig. Da der Vertrag die Verpflichtung selbständig begründet und deren Inhalt bestimmt, so kann es auf Mängel des Schuldverhältnisses, welches das abstrakte Versprechen oder Anerkenntniß veranlaßt hat, und auf Einreden gegen den Anspruch aus diesem Schuldverhältnisse nicht ankommen[18]). Jedoch ist der Mangel des Verpflichtungsgrundes keineswegs ohne jede Bedeutung. Vielmehr stehen für die Anwendung der Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung Anerkenntniß und Versprechen rechtlich der Leistung gleich (§ 812 Abs. 2)[19]), d. h. sie können dann zurückgefordert und ihre Erfüllung kann dann verweigert werden, wenn die Voraussetzungen der Rückforderung wegen ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 812 ff.) vorliegen. Dabei wird also der Anerkennende oder Versprechende rechtlich so

---

[15]) Vgl. hierzu insbesondere Oertmann a. a. O. S. 252.

[16]) Siehe hierzu unten unter c.

[17]) Der Irrthum kann auch darin bestehen, daß das Schuldversprechen auf Grund eines als bestehend vorausgesetzten Schuldverhältnisses abgegeben ist, das in Wirklichkeit nicht besteht. Ist das Versprechen aus diesem Grunde angefochten, so handelt es sich nicht um einen Einwand aus dem zu Grunde liegenden Schuldverhältnisse, sondern um einen Einwand, der aus dem Versprechen selbst hervorgegangen ist (Irrthum bei Ertheilung des Versprechens).

[18]) Der minderjährige A. erhält von B. ein Darlehen von 500 Mk. mit der Verpflichtung, es am 1. Januar 1904 zurückzuzahlen. Nach erlangter Volljährigkeit stellt A. dem B., nachdem dieser erklärt hat, er habe mit Zinsen 520 Mk. zu fordern, ein Schriftstück des Inhalts aus, daß er, A., anerkenne, dem B. für geleistete Dienste 520 M. zu schulden und daß er verspreche, diese an B. zu zahlen. B. klagt die 520 Mk. im Oktober 1903 ein. Dann kann A. nicht einwenden, daß ihm B. keine Dienste geleistet habe und daß er, A., beim Empfange des Darlehens minderjährig gewesen sei: ersteres nicht, weil Anerkenntniß und Versprechen die Verpflichtung selbstständig ohne Rücksicht auf den angegebenen Schuldgrund begründen (siehe oben Anm. 6 S. 829), letzteres nicht, weil eben ein Anspruch aus dem selbständigen Versprechen geltend gemacht wird, bei dessen Abgabe A. volljährig war, nicht aus dem Darlehen. Aus demselben Grunde kann auch A. nicht einwenden, daß er nur 500 Mk. als Darlehen erhalten habe, daß Zinsen nicht ausbedungen seien und daß er zur Rückzahlung erst am 1. Januar 1904 verpflichtet sei. Alle diese Einwendungen würden gegenüber der Darlehensklage begründet sein; den Anspruch aus dem Schuldversprechen lassen sie unberührt, da dieses in Höhe von 520 Mk. abgegeben und eine Zeit für die Leistung nicht bestimmt ist (siehe hierüber auch unten Anmerkung 25 a. E.).

[19]) Sie sind nicht wirkliche Leistungen, wie etwa die Eigenthumsübertragung, die Zahlung, sondern werden nur rechtlich in Ansehung der §§ 812 ff. als solche behandelt (vgl. Thur a. a. O. S. 30, Hachenburg S. 322). Es beruht aber auf einem Irrthume, wenn Staub (Anm. 22 zu § 348 HGB.) hieraus folgert, daß ein abstraktes Schuldversprechen, das auf der Verpflichtung zur Leistung einer Vertragsstrafe beruht, gemäß § 343 herabgesetzt werden könne, weil das Schuldversprechen keine Entrichtung der Strafe enthalte (§§ 343 Abs. 1 S. 2, 364 Abs. 2). Letzteres ist zwar richtig (s. unten bei Anm. 31). Aber ebensowenig ist umgekehrt das abstrakte Schuldversprechen eine Vertragsstrafe, auf die § 343 Anwendung finden könnte. Einreden können nur nach Maßgabe der §§ 812 ff. geltend gemacht werden.

behandelt, als habe er mit der Erklärung des Anerkenntnisses oder Versprechens eine Leistung bewirkt[20]). Hiernach läßt der bloße Mangel des Verpflichtungsgrundes die Wirksamkeit des Schuldversprechens und Schuldanerkenntnisses unberührt. Er giebt nur unter den Voraussetzungen der §§ 812 ff. einen obligatorischen Anspruch auf „Herausgabe" des Versprechens oder Anerkenntnisses, d. h. auf deren Aufhebung[21]), und eine Einrede gegen den Anspruch auf Erfüllung des Versprechens oder Anerkenntnisses (§ 821). Dies gilt auch dann, wenn die dem abstrakten Vertrage zu Grunde liegende Verpflichtung als gegen die guten Sitten oder ein gesetzliches Verbot verstoßend unwirksam ist[22]). Das Gesetz macht hiervon Ausnahmen nur in den Fällen der §§ 656, 762 ff., in denen die Unwirksamkeit des dem abstrakten Vertrage zu Grunde liegenden Schuldverhältnisses auch die Unwirksamkeit des Schuldanerkenntnisses oder Schuldversprechens zur Folge hat (§§ 656 Abs. 2, 762 Abs. 2)[23]).

---

[20]) a) C. bestellt brieflich beim Maler D. in Berlin die Kopie eines im dortigen Museum befindlichen Bildes gegen ein Honorar von 1000 Mark. Das Bild soll am 1. Dezember geliefert werden. Im Oktober verspricht C. dem D. auf dessen Bitten schriftlich, ihm am 1. Dezember den Betrag von 1000 Mark zu zahlen. Gegen den Anspruch aus diesem Versprechen kann C. nicht den Einwand des nicht erfüllten Vertrags erheben, auch wenn das Bild bis zum angegebenen Tage nicht ganz vollendet ist. b) C. giebt Jemandem, der sich ihm als Maler D. vorstellt, auf dessen Bitten das schriftliche Versprechen, ihm am 1. November 500 Mark zu zahlen. Nachträglich stellt sich heraus, daß der Empfänger des Versprechens zwar ein Maler D. ist, aber nicht der, bei dem C. die Kopie bestellt hat. Hier kann C. das Schuldversprechen wegen Irrthums oder wegen arglistiger Täuschung anfechten. c) Nach Ertheilung des Versprechens, am 1. Dezember 1000 Mark zu zahlen, ergiebt sich, daß zur Zeit der Bestellung D. wegen Geisteskrankheit entmündigt, daß aber bei Ertheilung des Versprechens die Entmündigung wieder aufgehoben war. In diesem Falle ist die Bestellung nichtig (§§ 104, 105, 139), das Versprechen wirksam; C. kann das Versprechen zurückfordern (§ 812 Abs. 1), d. h. dessen Aufhebung verlangen und die Erfüllung verweigern. d) Das Gleiche gilt, wenn im Falle a C. später wegen nicht rechtzeitiger Herstellung der Kopie mit Recht vom Vertrage zurücktritt (§ 636).

[21]) Es handelt sich hier nicht um eine Anfechtung mit rückwirkender Kraft im Sinne des § 142. Vielmehr bleibt der abstrakte Vertrag, auch im Falle die Aufhebung verlangt wird, bis zu dieser wirksam. Vgl. Oertmann in der DJZ. 1902 Nr. 5 S. 107.

[22]) Ebenso namentlich Oertmann in der DJZ. 1902 Nr. 5 S. 105 ff. sowie Anm. 2b zu § 781, Anm. 3 zu § 817, Thur a. a. O. S. 36 ff. ff., Endemann I § 194 Anm. 12b, vgl. auch RG. Bd. 8 S. 97, Bd. 39 S. 144 ff. A. M. Dernburg II § 90 III, 5, Crome II § 306 Anm. 14, Staub Anm. 9 zu § 350 HGB. Dernburg a. a. O. nimmt einen Widerspruch zwischen § 138, nach welchem ein gegen die guten Sitten verstoßendes Schuldversprechen oder Schuldanerkenntniß nichtig sei, und § 817 an, welcher nur einen Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung gewähre. Ein solcher Widerspruch ist aber nicht vorhanden (vgl. Oertmann an den angegebenen Stellen). Verstößt das Schuldversprechen oder Schuldanerkenntniß selbst gegen die guten Sitten, so ist es nach § 138 nichtig. Dies wird aber selten der Fall sein (siehe unten Anm. 28), da das bloße abstrakte Versprechen, etwas zu leisten, z. B. 100 Mk. zu zahlen, nicht unsittlich ist (vgl. Thur a. a. O. S. 36 ff.) Ist das Versprechen an sich wirksam, ist aber sein Zweck der Art bestimmt, daß die Annahme des Versprechens gegen die guten Sitten verstößt, so findet § 817 Anwendung. Wenn A. der B. verspricht, ihr 10 Mk. zu zahlen, so liegt hierin an sich niemals etwas unsittliches, das Versprechen ist wirksam. Hat A. aber das Versprechen gegeben, damit ihm die B. den Beischlaf gestatte, so kann er das Versprechen zurückfordern. — Die Frage ist von praktischer Bedeutung hauptsächlich für das Wechselrecht (vgl. die oben angeführten Entscheidungen des RG.). Für die abstrakten Verträge der §§ 780, 781 bedeutet es keinen erheblichen Unterschied, ob man im fraglichen Falle Nichtigkeit annimmt oder nur die Ansprüche aus den §§ 812 ff. gewährt.

[23]) Darüber daß in diesen Fällen Ausnahmen vom Prinzipe vorliegen, vgl. Thur a. a. O. S. 36 ff., Neubecker a. a. O. S. 76 ff. Die §§ 656 Abs. 2, 762 Abs. 2 erwähnen zwar ausdrücklich nur das Anerkenntniß, aber auch das Versprechen bildet eine Vereinbarung, durch die zum Zwecke der Erfüllung eine Verbindlichkeit übernommen wird.

Liegen die Voraussetzungen der §§ 812 ff. vor, so kann der Schuldner Aufhebung des Versprechens oder Anerkenntnisses verlangen oder er kann deren Erfüllung verweigern. Diese Rechte stehen ihm aber nicht zu, wenn er bei Abgabe des Versprechens oder Anerkenntnisses gewußt hat, daß er zur Leistung nicht verpflichtet war, oder wenn die Abgabe des Versprechens oder des Anerkenntnisses einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach (§ 814)[24])[25]).

Den Beweis dafür, daß die Voraussetzungen der §§ 812 ff. vorliegen, hat der Schuldner zu führen. Schuldversprechen und Schuldanerkenntniß befreien den Gläubiger „von der Nothwendigkeit, bei der Rechtsverfolgung auf den ursprünglichen Schuldgrund zurückzugreifen und demgemäß hinsichtlich der für diesen Schuldgrund erheblichen Thatsachen im Falle des Bestreitens des Schuldners die Beweislast zu übernehmen" [26]).

c) Wenn das Schuldversprechen oder das Schuldanerkenntniß trotz seiner abstrakten Natur einen Verpflichtungsgrund angiebt [27]), so ist ein aus dieser Angabe hergeleiteter Einwand gegen das Versprechen oder Anerkenntniß selbst, nicht gegen das zu Grunde liegende Schuldverhältniß gerichtet. Es liegt ein Einwand der zu a, nicht der zu b gedachten Art vor. Verstößt der angeführte Verpflichtungsgrund gegen das Gesetz oder die guten Sitten, so ist daher das Versprechen oder Anerkenntniß unwirksam [28]). — Auch die Verjährung des Anspruchs bestimmt sich nach dem etwa angegebenen Verpflichtungsgrunde [29]).

---

[24]) Thur a. a. O. S. 31 ff. führt aus, daß das Schuldversprechen im Falle des § 814 ein Schenkungsversprechen darstelle, welches nach § 518 unwirksam sein könne. Richtig ist, daß im Falle des § 814 ein Schenkungsversprechen vorliegen kann, es ist aber zu beachten, daß nicht schon jeder Mangel des Verpflichtungsgrundes das Versprechen zu einer Schenkung macht (siehe hierzu oben § 148 unter 3 S. 529).

[25]) Staub (Anm. 9 zu § 350 HGB.) will gegen das abstrakte Schuldanerkenntniß und Schuldversprechen außer den Rechtsbehelfen der §§ 812 ff. noch immer dann einen Einwand gewähren, wenn die Geltendmachung des formalen Rechtes sich als doloser Mißbrauch des wahren Rechtes darstellt. Eines derartigen allgemeinen Dolus-Einwandes bedarf es nicht, um dem dolosen Mißbrauche des wahren Rechtes entgegenzutreten. (Vgl. Thur a. a. O. S. 32 ff.) Hierzu reichen die §§ 812 ff. vollkommen aus. Staub führt für die Nothwendigkeit des Dolus-Einwandes den Fall an, daß anderenfalls gegenüber der Geltendmachung eines vorzeitig gegebenen abstrakten Schuldversprechens ein Einwand überhaupt nicht zulässig wäre (§ 813 Abs. 2). Dies ist aber nicht richtig. Einmal bezieht sich die Vorschrift des § 813 Abs. 2 nur auf die vorzeitige Erfüllung einer betagten Verbindlichkeit, während Schuldversprechen und Schuldanerkenntniß zwar im Sinne der §§ 812 ff. als Leistung gelten, aber keineswegs stets als Erfüllung (§ 364 Abs. 2). Aber auch abgesehen davon ist die Voraussetzung irrig, daß gegen das vorzeitig abgegebene Versprechen oder Anerkenntniß immer oder auch nur regelmäßig ein Einwand zulässig sein müsse. In der Regel wird das Versprechen oder das Anerkenntniß gerade die Befristung der ursprünglichen Verbindlichkeit beseitigen sollen. Ist dies aber nicht der Fall, so steht nichts im Wege, das Versprechen dahin auszulegen, daß die Leistung erst in einer späteren den Umständen zu entnehmenden Zeit (§ 271) erfolgen solle. Weder bedarf es hier eines Dolus-Einwandes noch würde man mit diesem dem Schuldner immer zu seinem Rechte verhelfen. Vgl. auch Thur a. a. O. S. 33.

[26]) D. S. 138. Neubecker a. a. O. bestreitet deshalb, daß Schuldversprechen und Schuldanerkenntniß im materiellen Sinne abstrakt seien. Sie seien dies vielmehr nur prozessualisch, indem sie eine abstrakte Schuldklage gewähren (S. 92).

[27]) Siehe oben Anm. 6 S. 829.

[28]) Ebenso Oertmann an den in Anm. 22 angegebenen Orten. Wenn A. schriftlich anerkennt, der B. 100 M. für Gestattung des Beischlafs zu schulden, so ist dieses Anerkenntniß nichtig, auch wenn es abstrakt gemeint ist. Das Anerkenntniß, 100 M. zu schulden ist nie, das Anerkenntniß, 100 M. für Gestattung des Beischlafs zu schulden, immer unsittlich.

[29]) Der Anspruch aus einem Anerkenntniß: „Ich erkenne an, dem B. 100 M. Lehr-

d) Wenn der aus dem Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnisse Berechtigte die Forderung auf einen Anderen überträgt, so kann der Schuldner dem Zessionar alle Einwendungen entgegensetzen, die zur Zeit der Abtretung gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren, gleichgültig, ob sie aus dem Versprechen oder Anerkenntnisse selbst (oben unter a) oder aus dem zu Grunde liegenden Schuldverhältnisse (unter b) hervorgehen (§ 404)[30].

5. Wenn der Schuldner zum Zwecke der Tilgung der ursprünglichen Verbindlichkeit dem Gläubiger ein Schuldversprechen oder Schuldanerkenntniß abgiebt, so erlischt dadurch im Zweifel das bisherige Schuldverhältniß nicht (§ 364 Abs. 2), vielmehr bleiben Beide bis zur Bewirkung der geschuldeten Leistung neben einander bestehen[31].

III. Eine Schuldanerkenntniß im Sinne des § 781 liegt nicht vor, wenn der Gläubiger durch Vertrag mit dem Schuldner anerkennt, daß das Schuldverhältniß nicht besteht (§ 397 Abs. 2, Erlaß; vgl. auch § 371 S. 2). Auch die Anerkennung eines Rechtsverhältnisses nicht obligatorischer Natur (z. B. Anerkennung der Ehelichkeit eines Kindes, § 1598) gehört nicht hierher. Die Wirkungen derartiger Verträge sind nach den für sie gegebenen Sondervorschriften zu beurtheilen. Endlich ist auch von der Anerkennung eines Schuldverhältnisses die Anerkennung (das Zugeständniß) von Thatsachen (ZPO. § 288) zu unterscheiden. Doch kann unter Umständen in dem Zugeständnisse von Thatsachen die Anerkennung eines Schuldverhältnisses liegen[32].

Dreiunddreißigster Titel.

Anweisung.

§ 215. Begriff und Erfordernisse.

§ 783.

1. Die Anweisung ist ein Rechtsgeschäft zwischen dem Anweisenden und dem Anweisungsempfänger. Sie kommt dadurch zu Stande, daß Ersterer dem Letzteren[1]) eine Urkunde aushändigt, in welcher er einen Dritten (den Angewiesenen) anweist, den in der Urkunde bezeichneten Gegenstand an den Anweisungsempfänger zu leisten. Mit der Aushändigung der Urkunde an den Anweisungsempfänger ist das Anweisungsgeschäft perfekt. Weder die Zuziehung des Dritten zu dem Rechtsgeschäfte noch auch nur seine Benachrichtigung durch den Anweisenden ist erforderlich.

2. An die Perfektion des Anweisungsgeschäfts knüpft sich eine doppelte Wirkung: der Anweisungsempfänger ist ermächtigt, die Leistung bei dem Angewiesenen im eigenen Namen zu erheben, der Angewiesene ist er=

---

geld zu schulden", unterliegt der Verjährung des § 196 Nr. 10. Vgl. Planck Anm. 1a zu § 780, Ackermann a. a. O. S. 576.

[30]) Eine abweichende Vorschrift, wie in den Fällen des Art. 82 WO. und der §§ 363, 364 HGB., ist hier nicht gegeben. Ebenso Oertmann in der DJZ. 1902 Nr. 5 S. 107, Neumann Vorbem. 3 vor §§ 780ff., Hachenburg S. 323, Staub Anm. 9 zu § 350 HGB. Der Anspruch auf Aufhebung der Verbindlichkeit ist gegen den Dritten nur nach Maßgabe des § 822 gegeben. Oertmann a. a. O.

[31]) Vgl. Planck Anm. 3a zu § 780, Dernburg II § 90 I, Ackermann a. a. O. S. 577 ff., oben § 107 Anm. 4 S. 411.

[32]) Z. B. A. erkennt an, daß ihm von B. 100 Mk. als Darlehen gezahlt sind.

[1]) Dies muß eine bestimmte in der Urkunde bezeichnete Person sein. Auf den Inhaber kann die Anweisung nicht gestellt sein. Vgl. Planck Anm. 2a zu § 783, Dernburg II § 237 Anm. 4.

mächtigt, die Leistung für Rechnung des Anweisenden an den Anweisungsempfänger zu bewirken. Die Anweisung stellt sich somit als ein abstraktes Rechtsgeschäft dar; die Wirkungen, welche sich an die Anweisung knüpfen, treten unabhängig von dem zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältniß ein. Die Wirkung der Anweisung besteht aber nur darin, daß sowohl für den Anweisungsempfänger als den Angewiesenen lediglich eine Ermächtigung begründet wird. Die Frage, ob der Anweisungsempfänger verpflichtet ist, von der Ermächtigung Gebrauch zu machen und den in der Urkunde bezeichneten Gegenstand bei dem Angewiesenen zu erheben, und ebenso die Frage, ob der Angewiesene verpflichtet ist, an den Anweisungsempfänger zu leisten, ist nach dem zwischen diesen Personen und dem Anweisenden bestehenden, der Anweisung zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse zu entscheiden. Grund und Zweck der Anweisung können von verschiedener Art sein. Was zunächst das Verhältniß zwischen dem Anweisenden und dem Anweisungsempfänger anbetrifft, so kann der Erstere Schuldner des Letzteren und die Anweisung zu dem Zwecke ertheilt sein, dieses Schuldverhältniß vermittelst der Anweisung zu tilgen. Es kann aber auch die Absicht vorliegen, dadurch, daß der Angewiesene die Leistung an den Anweisungsempfänger bewirkt, diesen zum Schuldner des Anweisenden zu machen.[2]) Es kann endlich der Anweisung ein Auftrag an den Anweisungsempfänger zu Grunde liegen, in irgend einer vom Anweisenden bestimmten Art und Weise mit dem durch den Angewiesenen Geleisteten zu verfahren.[3]) Im Verhältnisse zwischen dem Anweisenden und dem Angewiesenen kann Ersterem eine Forderung an den Letzteren zustehen, deren Einziehung der Zweck der Anweisung ist (Anweisung auf Schuld). Es kann aber auch an einem solchen Schuldverhältnisse fehlen, so daß der Angewiesene dadurch, daß er die Leistung für Rechnung des Anweisenden an den Anweisungsempfänger bewirkt, Gläubiger des Anweisenden wird (Anweisung auf Kredit). Das Rechtsverhältniß, welches die Veranlassung zu der Anweisung gegeben hat, ist für den Begriff der Anweisung unerheblich.[4])

3. Zur Wirksamkeit der Anweisung ist erforderlich, daß der Anweisende dem Anweisungsempfänger eine Urkunde aushändigt, deren Inhalt eine Aufforderung an den Dritten darstellt. Dies schließt nicht aus, daß eine Anweisung mündlich, insbesondere bei gleichzeitiger Anwesenheit des Anweisungsempfängers und des Angewiesenen, ertheilt wird. Die Rechtswirksamkeit einer solchen Erklärung kann nicht in Zweifel gezogen werden. Nur ist es keine eigentliche Anweisung im Sinne des Gesetzes, was jedoch nicht ausschließt, daß die für diese gegebenen Vorschriften zur entsprechenden Anwendung gebracht werden.[5])

---

[2]) Die Anweisung erfolgt in diesem Falle zu dem Zwecke, dem Anweisungsempfänger Kredit zu gewähren. Der sog. Kreditbrief ist eine Anweisung. Er unterscheidet sich vom Kreditauftrage (dem mandatum qualificatum) dadurch, daß bei letzterem der Beauftragte den Kredit auf eigene Rechnung giebt, während der Angewiesene für Rechnung des Anweisenden leistet und sich daher immer nur mit diesem auseinanderzusetzen hat.

[3]) Immer aber muß der Anweisungsempfänger die Leistung bei dem Angewiesenen im eigenen Namen erheben. Dies ist für den Begriff der Anweisung wesentlich, denn nur, wenn diese Voraussetzung vorliegt, kann die Annahme durch den Angewiesenen als ein dem Anweisungsempfänger gegenüber geleistetes Zahlungsversprechen (§ 784) angesehen werden. Geht der Inhalt der Urkunde dahin, daß derjenige, welchem die Urkunde ausgehändigt wird, die Leistung bei dem Dritten im Namen des Ausstellers der Urkunde erheben soll, so liegt eine Vollmacht (ein Inkassomandat) vor.

[4]) Auch wenn das Rechtsverhältniß in der Urkunde erwähnt sein sollte, wird dadurch der rechtliche Charakter der Anweisung als eines abstrakten Rechtsgeschäfts nicht berührt. Vgl. Planck Anm. 2a zu § 783.

[5]) Von der Anwendung ausgeschlossen ist die Vorschrift des § 784, denn eine wirksame Annahme der Anweisung kann nur schriftlich erfolgen. Hieraus ergiebt sich, daß

4. Den Gegenstand der Anweisung bilden Geld, Werthpapiere und andere vertretbare Sachen. Eine auf nicht vertretbare Sachen gerichtete Anweisung entbehrt zwar nicht der Rechtsgültigkeit, sie ist aber keine Anweisung im Sinne des Gesetzes und daher insbesondere der Annahme nicht fähig.[6])

5. Die in der Anweisung liegende Ermächtigung des Angewiesenen, an den Anweisungsempfänger zu leisten, kann von dem Anweisenden an Bedingungen und Voraussetzungen, insbesondere die einer Gegenleistung geknüpft, ebenso kann die Fälligkeit von dem Eintritt eines Termins oder von einer Kündigung abhängig gemacht werden.[7])

§ 216. Die Rechtsverhältnisse der betheiligten Personen.

I. Das Rechtsverhältniß zwischen dem Anweisungsempfänger und dem Angewiesenen. § 784.

1. Die Anweisung begründet kein Schuldverhältniß zwischen dem Anweisungsempfänger und dem Angewiesenen. Dieser ist dem Anweisungsempfänger gegenüber zu keinerlei Leistung verpflichtet, selbst wenn er Schuldner des Anweisenden ist[1]) oder wenn er sich diesem gegenüber zur Leistung verpflichtet haben sollte. Eine Verpflichtung des Angewiesenen gegenüber dem Anweisungsempfänger wird erst dadurch begründet, daß der Angewiesene die Anweisung annimmt.

2. Die Annahme der Anweisung muß schriftlich erfolgen und zwar durch einen Vermerk[2]) auf der Anweisung. Die Annahme ist eine empfangsbedürftige

---

die mündliche Anweisung, wenn sie auch gültig ist, doch kaum eine praktische Bedeutung hat. — Eine eigentliche Anweisung liegt auch nicht vor, wenn der Anweisende mit seiner Anweisung sich direkt an den Angewiesenen wendet. Die Anweisung, an einen Anderen zu leisten, ohne daß diesem die Erhebungsermächtigung ertheilt wird, ist keine Anweisung. Wenn ein Gläubiger seinem Schuldner schreibt: Hierdurch weise ich Sie an, den am 1. Juli fälligen Betrag für meine Rechnung an den Bankier X. zu zahlen, so liegt keine Anweisung vor. Daher ist auch die Postanweisung keine Anweisung im Sinne des BGB. Vgl. Dernburg II § 237 unter III, 1.

[6]) Vgl. Prot. II S. 381, 382. Der Grund für diese Vorschrift (im Gegensatze zum § 605 E. I) ist der, daß man die verpflichtende Kraft der abstrakten Annahmeerklärung einschränken wollte, wobei allerdings nicht verkannt wurde, daß eine Umgehung der Vorschrift dadurch möglich sei, daß der Angewiesene, anstatt die auf eine species gestellte Anweisung anzunehmen, dem Anweisungsempfänger ein abstraktes Schuldanerkenntniß über den Gegenstand der Anweisung ausstellt (§ 780).

[7]) Vgl. Planck Anm. 1 zu § 783, Oertmann Vorbem. 3 vor § 783, Dernburg II § 237 unter VI. Bei der kaufmännischen Anweisung ist nach § 363 HGB. Voraussetzung für die Indossabilität, daß die Leistung nicht von einer Gegenleistung abhängig gemacht ist.

[1]) Die Forderung des Anweisenden an den Angewiesenen geht durch die Anweisung nicht auf den Anweisungsempfänger über, denn in der Anweisung liegt keine Zession.

[2]) Der Inhalt des Vermerkes muß ergeben, daß die Anweisung angenommen werden soll, ohne daß es erforderlich ist, daß gerade das Wort „angenommen" gebraucht wird. Die Vorschrift des Art. 21 Abs. 2 WO., daß jede auf den Wechsel geschriebene und vom Bezogenen unterschriebene Erklärung als Annahme gilt, kann auf die Anweisung nicht ausgedehnt werden. (Vgl. Planck Anm. 1b zu § 784, Staub Anm. 8 zu § 363 HGB.). Zweifelhaft erscheint, ob die bloße Namensunterschrift genügt. Staub (a. a. O.) nimmt dies schlechthin an. Dem wird man nicht ohne Weiteres beistimmen können, denn für die Anweisung ist keine dem Art. 21 Abs. 3 WO. entsprechende Vorschrift gegeben. Man wird annehmen müssen, daß eine bloße Namensunterschrift nur dann genügt, wenn der Angewiesene durch sie die Anweisung hat annehmen wollen. (Vgl. Planck Anm. 1b zu § 784.) Aber im Gegensatze zur WO., welche eine Fiktion aufstellt, trifft bei der Anweisung denjenigen die Beweislast, der behauptet, daß durch die Namensunterschrift die Annahme hat erfolgen sollen.

Willenserklärung[3]); die Verpflichtung des Angewiesenen entsteht somit erst, wenn die Annahmeerklärung dem Anweisungsempfänger zugegangen ist, ohne daß es jedoch erforderlich ist, daß ihm die angenommene Anweisung ausgehändigt wird[4]). Der Angewiesene kann auch den Annahmevermerk auf die Anweisung setzen, bevor diese dem Anweisungsempfänger von dem Anweisenden ausgehändigt worden ist, ja sogar, bevor der Name des Anweisungsempfängers aus der Urkunde ersichtlich ist. Die Annahme wird jedoch in diesem Falle dem Anweisungsempfänger gegenüber erst wirksam, wenn ihm die Anweisung ausgehändigt wird.

3. Die Annahme begründet ein abstraktes Schuldverhältniß zwischen dem Anweisungsempfänger und dem Angewiesenen. Die Verpflichtung des Angewiesenen ist unabhängig sowohl von dem Rechtsverhältnisse, das zwischen ihm und dem Anweisenden, wie von dem Rechtsverhältnisse, das zwischen dem Anweisenden und dem Anweisungsempfänger besteht. Einwendungen, welche sich aus diesen Rechtsverhältnissen ergeben, kann der Angewiesene dem Anweisungsempfänger nur entgegensetzen, wenn sie entweder zu einem Theile des Inhalts der Anweisung gemacht oder in die Annahme aufgenommen worden sind. Denn ebenso wie die in der Anweisung liegende Ermächtigung des Angewiesenen zur Leistung an den Anweisungsempfänger beliebig an Voraussetzungen und Bedingungen geknüpft werden kann, kann der Angewiesene der Annahmeerklärung Beschränkungen hinzufügen. Er haftet dann nur nach Maßgabe seiner Annahmeerklärung. Der Angewiesene kann ferner dem Anweisungsempfänger solche Einwendung entgegensetzen, welche die Gültigkeit der Annahme betreffen oder welche ihm unmittelbar gegen den Anweisungsempfänger zustehen[5]).

§ 785. 4. Wenn der Angewiesene auf Grund der Anweisung die Leistung[6]) an den Anweisungsempfänger bewirkt, so kann er, nicht nur wenn er die Anweisung angenommen hat[7]), sondern auch wenn er ohne vorherige Annahme leistet, Zug

---

[3]) § 607 E. I sprach dies deutlicher aus: „Hat der Angewiesene gegenüber dem Anweisungsempfänger die Anweisung . . . angenommen.“ Vgl. Prot. II S. 384, Planck Anm. 1c zu § 784. Abweichend Dernburg II § 238 unter I, Neumann Anm. I zu § 784.

[4]) Erfolgt die Annahme in Gegenwart des Anweisungsempfängers, so ist sie mit dem Augenblicke perfekt, in welchem sie auf die Anweisung gesetzt wird, denn in demselben Augenblick ist sie auch dem Anweisungsempfänger zugegangen. Die nunmehr entstandene Verpflichtung des Angewiesenen wird dadurch, daß er die Urkunde nicht zurückgiebt oder daß er sie vernichtet oder daß er den Annahmevermerk wieder durchstreicht, nicht berührt. — Erfolgt die Annahme in Abwesenheit des Anweisungsempfängers, so ist noch die Mittheilung der erfolgten Annahme erforderlich, die natürlich in der Rückgabe der Urkunde liegt. Hat der Angewiesene, welchem der Anweisungsempfänger die Anweisung zum Zwecke der Annahme übersandt hat, sie zwar angenommen, den Annahmevermerk aber wieder durchstrichen, bevor er dem Angewiesenen von der erfolgten Annahme Mittheilung gemacht hat, so ist er nicht verpflichtet.

[5]) Vgl. das Nähere über diese beiden Kategorien von Einwendungen unten § 219 unter III S. 850 ff.

[6]) D. h. die volle Leistung. Bei Theilleistungen (z. B. auf einen Kreditbrief) kann er nur verlangen, daß diese auf der Anweisung vermerkt werden. Vgl. Prot. II S. 385.

[7]) Für diesen Fall folgt sein Recht, die Aushändigung der Anweisung zu verlangen, schon aus § 371 S. 1, denn die angenommene Anweisung ist der vom Angewiesenen ausgestellte Schuldschein. Auch die Vorschrift des § 371 S. 2 findet Anwendung. Ein Aufgebot der Anweisung findet nicht statt. Vgl. Neumann Anm. 2 zu § 785. Die entgegengesetzte Ansicht Dernburgs (II § 244 unter III) erscheint irrig. Ein Aufgebot ist nur „in den durch das Gesetz bestimmten Fällen“ zulässig (§ 946 CPO.). Eine gesetzliche Vorschrift, welche das Aufgebot einer Anweisung allgemein für statthaft erklärt, existiert nicht. Nur die indossabele kaufmännische Anweisung kann nach der Vorschrift des § 365 Abs. 2 HGB. aufgeboten werden.

um Zug gegen die Leistung die Aushändigung der Anweisung verlangen. Daneben besteht sein Recht, in Gemäßheit des § 368 Quittung zu verlangen.

5. Der durch die Annahme der Anweisung begründete Anspruch des Anweisungsempfängers gegen den Anweisenden verjährt in 3 Jahren[8]. § 786.

II. Das Rechtsverhältniß zwischen dem Anweisenden und dem Angewiesenen.

1. Die Anweisung ist ein abstraktes, von dem Grunde, aus dem sie ertheilt ist, und von dem Zwecke, der mit ihr erstrebt wird, unabhängiges Rechtsgeschäft. Die Frage, ob der Angewiesene in seinem Verhältnisse zum Anweisenden der Ermächtigung, an den Anweisungsempfänger zu leisten, Folge geben muß, ob er also die Leistung bewirken oder die Anweisung annehmen muß, richtet sich nach dem zwischen dem Anweisenden und dem Angewiesenen bestehenden Rechtsverhältnisse[9]. Der Umstand allein, daß der Angewiesene Schuldner des Anweisenden ist, verpflichtet den Angewiesenen nicht, die Anweisung anzunehmen oder die Leistung an den Anweisungsempfänger zu bewirken. Er kommt, wenn er dies ablehnt, dem Anweisenden gegenüber nicht in Verzug[10]. § 787.

2. Ist die Anweisung auf eine Schuld des Angewiesenen an den Anweisenden ertheilt[11], so wird der Angewiesene dadurch, daß er die Anweisung annimmt, noch nicht von seiner Schuld befreit[12]. Leistet er dagegen an den Anweisungsempfänger, so tritt in Höhe der Leistung Befreiung von der Schuld ein.

3. Die Frage, ob dem Angewiesenen, der an den Anweisungsempfänger geleistet hat, gegen den Anweisenden ein Ersatzanspruch (die Revalierungsklage) zusteht, ist gleichfalls nach dem zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisse zu entscheiden. Der bloße Umstand, daß der Angewiesene in Folge der Anweisung geleistet hat, ist nicht geeignet, die Klage zu begründen. Der Angewiesene muß vielmehr das der Anweisung zu Grunde liegende Rechtsverhältniß offenlegen und darthun, daß ihm aus diesem Rechtsverhältniß ein Ersatzanspruch gegen den Anweisenden zusteht[13].

---

[8]) Die Vorschrift entspricht dem Art. 77 WO. Während jedoch in letzterem vorgeschrieben ist, daß die drei Jahre vom Verfalltage des Wechsels an gerechnet werden, bestimmt § 786 nichts über den Beginn der Verjährung. Es kommen die allgemeinen Vorschriften zur Anwendung. Die Verjährung beginnt nach § 198 mit der Entstehung des Anspruchs (vgl. hierüber Anm. 4). Ist der Anspruch befristet, so ist die Verjährung nach § 202 Abs. 1 bis zum Ablaufe der Frist gehemmt. Vgl. oben § 62 unter II (S. 242).

[9]) Eine Verpflichtung des Angewiesenen zur Annahme der Anweisung oder zur Bewirkung der Leistung besteht insbesondere, wenn er eine solche Verpflichtung dem Anweisenden gegenüber eingegangen ist. Der Anweisungsempfänger kann natürlich aus dieser Verpflichtung keine Ansprüche gegen den Angewiesenen herleiten, aber dieser macht sich, wenn er die Leistung nicht bewirkt, dem Anweisenden gegenüber schadensersatzpflichtig. Vgl. E. I § 606.

[10]) Anders das preußische Recht (ALR. I 16 §§ 256, 257).

[11]) Eine Anweisung auf Schuld liegt dann vor, wenn der Anweisende, welcher Gläubiger des Angewiesenen ist, diesem mitgetheilt hat, daß er die Anweisung auf Grund dieser seiner Forderung ertheile. Daß die Anweisung auf Schuld ertheilt ist, ist ein Internum zwischen dem Anweisenden und dem Angewiesenen; es ist also nicht erforderlich, daß die Anweisung dies ergiebt.

[12]) Die Folge hiervon wäre, daß der Angewiesene nunmehr doppelt verhaftet ist, dem Anweisenden aus dem bestehenden Schuldverhältnisse, dem Anweisungsempfänger aus der Annahme. Er kann daher, wenn der Anweisende ihn in Anspruch nimmt, verlangen, daß ihm gegen die Leistung die angenommene Anweisung zurückgegeben wird, da er sonst aus der Annahme noch einmal leisten müßte.

[13]) Vgl. Prot. VI S. 192, 193, Neumann Vorbem. 3b vor § 783, Staub Anm. 12 zu § 363 HGB. und §§ 5ff. zu Art. 23 WO.; ROHG. Bd. 7 S. 351ff., Bd. 10 S. 284ff.

III. Das Rechtsverhältniß zwischen dem Anweisenden und dem Anweisungsempfänger.

1. Auch zwischen dem Anweisenden und dem Anweisungsempfänger wird durch die Ertheilung und die Entgegennahme der Anweisung ein Schuldverhältniß nicht begründet. Der Anweisungsempfänger ist nicht verpflichtet, von der Ermächtigung, die Leistung bei dem Angewiesenen zu erheben, Gebrauch zu machen oder, wenn der Angewiesene die Anweisung angenommen hat, seinen Anspruch aus der Annahme zu verfolgen. Ob eine solche Verpflichtung besteht, ist nach dem der Anweisung zu Grunde liegenden materiellen Rechtsverhältnisse zu entscheiden[14]. Das Gesetz legt aber, unabhängig von diesem Rechtsverhältniß auf Grund der bloßen Anweisung dem Anweisungsempfänger die Verpflichtung auf, falls er die Anweisung nicht geltend machen kann oder will oder falls der Angewiesene die Annahme der Anweisung oder die Leistung verweigert, dem Anweisenden hiervon unverzüglich Anzeige zu machen, widrigenfalls er dem Anweisenden den aus der Nichterfüllung dieser Verpflichtung entstehenden Schaden ersetzen muß. (§ 789.)

(§ 788.) 2. Anweisung ist keine Zahlung. Verfolgt der Anweisende mit der Anweisung den Zweck, seinerseits eine Leistung an den Anweisungsempfänger zu bewirken[15], so ist die Leistung erst bewirkt, wenn der Angewiesene seinerseits an den Anweisungsempfänger geleistet hat. Dies gilt auch in dem Falle, daß der Angewiesene die Anweisung angenommen hat[16].

---

[14] Der E. I bestimmte im § 610, daß der Anweisungsempfänger im Zweifel wie ein Beauftragter des Anweisenden verpflichtet ist, den Angewiesenen zu der Leistung aufzufordern. Diese Vorschrift ist von der zweiten Kommission deswegen gestrichen worden, weil in ihr die unrichtige Anschauung zum Ausdrucke gelange, daß die Anweisung ein Mandat sei (Prot. II S. 387, 388, VI S. 192). Aus der bloßen Entgegennahme der Anweisung ist eine solche Verpflichtung des Anweisungsempfängers nicht zu folgern, vielmehr können nur der Grund und der Zweck der Anweisung hinsichtlich dieser Frage entscheidend sein. So besteht z. B. eine solche Verpflichtung nicht bei dem sog. Kreditbrief oder wenn die Anweisung zum Zwecke einer Schenkung ertheilt ist (M. II S. 563). In anderen Fällen, insbesondere wenn der Anweisende Schuldner des Anweisungsempfängers ist und diesem die Anweisung ertheilt hat, um ihn wegen seiner Forderung zu befriedigen, ist der Anweisungsempfänger verpflichtet, dem Angewiesenen die Anweisung zur Honorierung vorzulegen. (Vgl. Anm. 16).

[15] Sei es, um den Anweisungsempfänger wegen einer Forderung an den Anweisenden zu befriedigen, sei es, um ein Schuldverhältniß erst zu begründen, z. B. ihm ein Darlehen zu geben. Vgl. Oertmann Anm. 2 zu § 788.

[16] Hat der Schuldner dem Gläubiger eine Anweisung ertheilt und ist diese Anweisung von dem Angewiesenen angenommen worden, so ist der Anweisungsempfänger mangels besonderer Vereinbarung nicht verpflichtet, sich die Befriedigung dadurch zu beschaffen, daß er den Angewiesenen aus der Annahme in Anspruch nimmt. Er kann sich vielmehr regelmäßig immer noch an den Anweisenden halten, jedoch nur aus dem ursprünglichen Schuldverhältnisse, nicht aus der Anweisung, denn diese giebt dem Anweisungsempfänger keinen Regreß gegen den Anweisenden mangels Honorierung (Vgl. M. II S. 564). Hat der Angewiesene auf Grund der Annahme geleistet, so erlischt die Forderung gegen den Anweisenden (§ 788). Unzutreffend erscheint dagegen die Ansicht Dernburgs (II § 241 unter III), daß mit der Leistung durch den Anweisenden auch der Anspruch gegen den Angewiesenen erlischt, sowie daß dem Angewiesenen, wenn der Anweisende an den Anweisungsempfänger zahlt, ein Einwand zusteht. Denn die Verpflichtung aus der Annahme ist eine abstrakte, von dem zwischen dem Anweisenden und dem Anweisungsempfänger bestehenden Rechtsverhältniß unabhängige. Eine aus diesem Rechtsverhältnisse sich ergebende Einwendung ist keine, welche der Angewiesene nach § 784 dem Anweisungsempfänger entgegensetzen könnte. Dagegen ist der Anweisende, wenn der Anweisungsempfänger von ihm Zahlung verlangt, berechtigt, die Rückgabe der angenommenen Anweisung zu verlangen, damit der Angewiesene nicht seinerseits Zahlung leiste und von ihm, dem Anweisenden, Ersatz verlange. Geschieht dies dennoch, so steht dem Anweisenden gegen den Anweisungsempfänger der Anspruch aus der ungerechtfertigten Bereicherung zu.

IV. Das Erlöschen der Anweisung.

1. Die Anweisung erlischt durch Widerruf. Der Widerruf ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die von dem Anweisenden dem Angewiesenen gegenüber abzugeben ist. Er ist zulässig, solange der Angewiesene die Leistung noch nicht bewirkt hat. Die Zulässigkeit des Widerrufs kommt aber auch schon in Wegfall, wenn der Angewiesene die Anweisung dem Anweisungsempfänger gegenüber angenommen hat[17]). Denn durch die Annahme ist ein selbständiges Schuldverhältniß dem Anweisungsempfänger gegenüber begründet worden, das durch den vom Anweisenden ausgehenden Widerruf nicht mehr beeinträchtigt werden kann. § 790.

2. Der Widerruf beseitigt die in der Anweisung liegende Ermächtigung des Angewiesenen, an den Anweisungsempfänger zu leisten. Leistet der Angewiesene trotz des Widerrufs, so ist die Leistung nicht für Rechnung des Anweisenden erfolgt.

3. Die Wirksamkeit des Widerrufs wird dadurch nicht beeinträchtigt, daß der Anweisende in seinem Verhältnisse zum Anweisungsempfänger zum Widerrufe nicht berechtigt ist. Ist dies der Fall, so erlischt zwar die Anweisung durch den Widerruf, der Anweisende ist aber dem Anweisungsempfänger schadensersatzpflichtig.

4. Inwieweit der Anweisende berechtigt ist, von dem Anweisungsempfänger die Rückgabe der Anweisung zu verlangen[18]), und inwieweit der Anweisungsempfänger berechtigt ist, die Anweisung dem Anweisenden zurückzugeben, bestimmt sich nach dem zwischen diesen Personen bestehenden Rechtsverhältnisse.

5. Ist die Anweisung durch den Angewiesenen dem Anweisungsempfänger gegenüber angenommen worden, so ist es selbstverständlich, daß das hierdurch begründete selbständige Schuldverhältniß durch den Tod eines der drei Betheiligten nicht berührt wird. Dasselbe ist aber auch der Fall, wenn die Anweisung noch nicht angenommen ist[19]). Ebenso wird sie dadurch nicht berührt, daß einer der Betheiligten geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt wird. § 791.

6. Auch durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines der Betheiligten wird die Anweisung an sich nicht berührt; der Einfluß des Konkurses ist vielmehr nach den der Anweisung zu Grunde liegenden materiellen Rechtsverhältnissen der Betheiligten zu beurtheilen[20]).

§ 217. Die Uebertragung der Anweisung.

I. Die Uebertragung des aus der Annahme der Anweisung entspringenden Anspruchs des Anweisungsempfängers gegen den Angewiesenen unterliegt den § 792.

---

[17]) Aus der Fassung des Gesetzes ergiebt sich, daß den Angewiesenen die Beweislast dafür trifft, daß er in dem Zeitpunkt, in welchem der Widerruf wirksam geworden ist, bereits die Leistung bewirkt oder die Annahme erklärt hat.

[18]) Dieses Verlangen oder mit anderen Worten, der dem Anweisungsempfänger gegenüber erklärte Widerruf, hat keine dingliche Wirkung. Ist der Anweisungsempfänger nach dem zwischen ihm und dem Anweisenden bestehenden kausalen Verhältnisse verpflichtet, dem Verlangen Folge zu leisten, so macht er sich dem Anweisenden schadensersatzpflichtig, wenn er trotzdem von der Anweisung Gebrauch macht. Dem Angewiesenen gegenüber kann ein Einwand nicht daraus hergeleitet werden, daß er gewußt hat, daß der Anweisende die Anweisung dem Anweisungsempfänger gegenüber zurückgenommen hat, es sei denn, daß die Voraussetzungen des § 826 vorliegen.

[19]) Natürlich muß die Anweisung bereits ertheilt, d. h. dem Anweisungsempfänger ausgehändigt sein. Die beiden in der Anweisung liegenden Ermächtigungen gelten also auch für den Erben des Anweisungsempfängers und des Angewiesenen.

[20]) Vgl. M. II S. 567, 568, Neumann Anmerkung zu § 791, Staub Anm. 15 zu § 363 HGB.

allgemeinen Bestimmungen. Insbesondere ist zu bemerken, daß die Uebertragung formlos[1]) erfolgen kann und daß der Angewiesene Einwendungen, die ihm unmittelbar gegen den Anweisungsempfänger zustehen (§ 784), dem Erwerber unbeschränkt entgegensetzen kann (§ 404).

II. Auch die Ermächtigung, welche für den Anweisungsempfänger durch die Anweisung begründet wird, ist übertragbar[2]), es sei denn, daß der Anweisende die Uebertragung ausgeschlossen hat.

1. Die Uebertragung der Anweisung vor der Annahme erfolgt durch Vertrag zwischen dem Anweisungsempfänger und dem Erwerber. Zur Wirksamkeit des Vertrags ist erforderlich, daß die Uebertragungserklärung schriftlich — wenn auch nicht gerade auf der Anweisung selbst — ertheilt und daß die Anweisung dem Erwerber ausgehändigt wird.

2. Die Ausschließung der Uebertragung der Anweisung wirkt dem Angewiesenen gegenüber nur, wenn sie in der Anweisung selbst vermerkt ist oder wenn der Anweisende sie dem Angewiesenen vor der Annahme der Anweisung oder der Bewirkung der Leistung mitgetheilt hat[3]). Auf die Kenntniß des Erwerbers kommt es nicht an, er erwirbt aus der Uebertragung auch dann keine Rechte, wenn er die aus der Urkunde nicht ersichtliche, aber dem Angewiesenen rechtzeitig mitgetheilte Ausschließung nicht gekannt hat.

3. Auch auf die Uebertragung der Anweisung kommen die für die Abtretung einer Forderung geltenden Vorschriften zur Anwendung[4]). Jedoch kann der Angewiesene demjenigen Erwerber, dem gegenüber er die Anweisung angenommen hat[5]), Einwendungen aus dem zwischen ihm und dem Anweisungsempfänger

---

[1]) Man könnte nach der Fassung des Gesetzes allerdings in Zweifel ziehen, ob nicht die Formvorschrift des § 792 Abs. 1 sich auch auf die angenommene Anweisung bezieht. Aber die Entstehungsgeschichte des § 792 Abs. 1 und der Zusammenhang der einzelnen Vorschriften ergiebt, daß der § 792 nur von der Abtrtung der noch nicht angenommenen Anweisung handelt.

[2]) Um eine eigentliche Uebertragung eines Rechtes handelt es sich nicht, da ein solches noch nicht begründet ist. Aber die in der Anweisung liegende Ermächtigung, die Leistung im eigenen Namen zu erheben, und die rechtliche Möglichkeit, daß durch die Annahme der Anweisung ein selbständiger Anspruch entsteht, bilden eine Rechtsposition, welche nach positiver Gesetzesvorschrift gleich einem schon entstandenen Rechte übertragbar ist. Vgl. M. II S. 568, 569, Prot. II S. 390. Die Folge der Uebertragung ist, daß im Verhältnisse zwischen dem Anweisenden und dem Angewiesenen (insbesondere hinsichtlich der Revalierungsklage) auch die Leistung an den Erwerber für Rechnung des Anweisenden erfolgt ist. Im Verhältnisse zwischen dem Anweisenden und dem Anweisungsempfänger muß Letzterer die Leistung, die der Erwerber erhoben hat, so gegen sich gelten lassen, als habe er selbst sie im eigenen Namen erhoben.

[3]) Eine auf andere Weise erlangte Kenntniß ist unerheblich (vgl. Oertmann Anm. 3 zu § 792), es sei denn, daß ein dolus des Angewiesenen vorliegt (vgl. oben § 120 Anm. 2).

[4]) Ursprünglicher Gläubiger ist der Anweisungsempfänger, neuer Gläubiger der Erwerber, Schuldner der Angewiesene. Zur Anwendung geeignet erscheinen insbesondere die §§ 399 (ist die Uebertragung ausgeschlossen, so ist die trotzdem erfolgte Uebertragung nichtig), 402, 403 (der Erwerber kann verlangen, daß die schriftliche Uebertragungserklärung öffentlich beglaubigt wird), 407—410. Nicht anwendbar erscheinen: § 400 (weil das der Anweisung zu Grunde liegende kausale Verhältniß nicht in Betracht kommt), § 401 (die entgegengesetzte Ansicht Oertmanns, Anm. 4 a zu § 792 erscheint unzutreffend; als Schuldner kommt hier der Angewiesene in Betracht; es ist nicht abzusehen, wie bei der nicht acceptierten Anweisung Rechte des § 401 bestehen sollen), 404 (nach § 792 Abs. 3), 405, 406 (auf Grund der Vorschrift des § 792 Abs. 3).

[5]) Dies wird, insbesondere bei mehrfacher Uebertragung der Anweisung, aus der Urkunde selten ersichtlich sein, da weder die Uebertragungsvermerke, noch der Annahmevermerk datiert sein müssen. Die Beweislast trifft denjenigen, welcher behauptet, die Annahme sei ihm gegenüber erfolgt.

bestehenden Rechtsverhältnisse nicht entgegensetzen. Außerdem gilt die Vorschrift des § 784.

4. Die Ansprüche, welche dem Erwerber gegen den Anweisungsempfänger zustehen, richten sich nach dem der Uebertragung zu Grunde liegenden kausalen Rechtsgeschäft. Aus der Uebertragung selbst steht ihm ein Anspruch gegen den Anweisungsempfänger nicht zu. Ansprüche, die etwa dem Letzteren gegen den Anweisenden aus dem der Anweisung zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse zustehen, gehen durch die Uebertragung der Anweisung auf den Erwerber nicht über; sie müssen ihm besonders abgetreten werden[6]).

Vierunddreißigster Titel.

Schuldverschreibung auf den Inhaber.

§ 218. Begriff und Erfordernisse.

§ 793.

I. Eine Schuldverschreibung auf den Inhaber ist eine Urkunde, in welcher der Aussteller dem Inhaber der Urkunde eine Leistung verspricht.

1. Es darf in der Urkunde nicht eine bestimmte Person als Gläubiger bezeichnet sein, vielmehr muß aus ihr in zuverlässiger Weise erhellen, daß die Leistung an den Inhaber bewirkt werden soll.

2. Es muß in der Urkunde eine Leistung versprochen sein. Urkunden, die nicht über die Berechtigung auf eine Leistung des Ausstellers, sondern über andere Rechte, z. B. über ein Theilnahmerecht an einer Gesellschaft ausgestellt sind, also insbesondere Inhaber-Aktien (§ 179 Abs. 2 HGB.)[1]), sind keine Schuldverschreibungen auf den Inhaber im Sinne des BGB. Gleichgültig aber ist es, welcher Art die in der Urkunde versprochene Leistung ist; sie muß nicht in Geld bestehen, sondern kann auf andere vertretbare und auch auf nicht vertretbare Sachen, sogar auf Handlungen gerichtet sein.

3. Die Leistung hat „nach Maßgabe des Versprechens" zu erfolgen, so daß das in der Urkunde enthaltene Versprechen der Grund der Verpflichtung ist.[2]) Hieraus folgt, daß das Versprechen zwar meist ein abstraktes sein wird, daß es aber auch derartig an einen Verpflichtungsgrund geknüpft sein kann, daß Einwendungen aus diesem Verpflichtungsgrunde zulässig sind. (Vgl. § 796.)[3]) Auch sonst kann das Versprechen von Bedingungen und

---

[6]) Es steht dem Erwerber kein sog. Sprung-Regreß zu. M. II 569, Dernburg II § 243 unter II.

[1]) Jedoch kommen auf Aktien und Interimsscheine die §§ 799 Abs. 2 und 800 zur Anwendung (§ 228 HGB.), ferner sind die §§ 798 und 805 BGB. in den §§ 229, 230 HGB. wiedergegeben. Aber auch im Uebrigen sind die Vorschriften des BGB., die für Schuldverschreibungen auf den Inhaber gegeben sind, insoweit auf Inhaberaktien und sonstige Inhaberpapiere zur entsprechenden Anwendung zu bringen, als diese Vorschriften nicht darauf, daß eine Leistung in der Urkunde versprochen ist, sondern auf der eigenthümlichen Natur dieser Papier als Inhaberpapiere beruhen. Vgl. D. zum HGB. S. 147. — Auch der Inhabergrundschuldbrief (§ 1195) ist keine Schuldverschreibung auf den Inhaber, denn der Aussteller verpflichtet sich nicht zu einer Leistung, vielmehr stellt die Grundschuld nur eine Summenbelastung des Grundstücks dar (§ 1191 Abs. 1). Daher ist die Anwendung der §§ 793—806 auf den Inhabergrundschuldbrief im § 1195 S. 2 besonders vorgeschrieben.

[2]) S. das Genauere hierüber unten § 219 S. 851 unter b.

[3]) Freilich folgt aus der bloßen Erwähnung eines Verpflichtungsgrundes noch nicht, daß das Versprechen ein kausales sein muß. Wenn die Urkunde lautet: „Von X. habe ich

Voraussetzungen, insbesondere von einer Gegenleistung[4]) abhängig gemacht, ebenso die Fälligkeit an gewisse Voraussetzungen, z. B. Kündigung, Auslosung, geknüpft werden.

II. Die eigenthümliche rechtliche Natur der Inhaberpapiere[5]) zeigt sich — abgesehen von dem Umstande, daß jeder Inhaber der Urkunde dem Aussteller gegenüber als Gläubiger legitimiert ist[6]) — insbesondere darin, daß sie bewegliche körperliche Sachen im Sinne des Gesetzes sind und daß daher auf sie alle für diese Sachen gegebenen Vorschriften zur Anwendung kommen. Sie sind Gegenstand des Besitzes und des Eigenthums, das Eigenthum an ihnen kann nur durch Uebergabe übertragen werden, wie überhaupt dingliche Rechte an ihnen (Pfandrecht und Nießbrauch) nur ebenso wie an beweglichen körperlichen Sachen erworben werden.[7])

§ 807. III. Eine besondere Art der Schuldverschreibungen auf den Inhaber sind die Inhabermarken. Die im Verkehr außerordentlich häufigen Marken (Karten, Billets, Scheine usw.), in denen ein bestimmter Gläubiger nicht angegeben ist, sind nur dann Inhaberpapiere im rechtlichen Sinne, wenn sich aus den Umständen, unter denen sie ausgegeben sind, ergiebt, daß der Wille des Ausstellers darauf gerichtet war, gegenüber dem jeweiligen Inhaber der Marke zu der in ihr versprochenen Leistung verpflichtet zu sein. Der in jedem einzelnen Falle festzustellende Wille des Ausstellers ist für die rechtliche Natur solcher Marken entscheidend. Diesem Willen des Ausstellers entsprechend sind sie bald wirkliche Inhaberpapiere, bald nur sog. Legitimationspapiere[8]). Ist im einzelnen Falle anzunehmen, daß der Aussteller zur Leistung an den jeweiligen Inhaber verpflichtet sein wollte, sind sie also als Schuldverschreibungen auf den Inhaber

---

drei Scheffel Getreide geliehen erhalten. Ich verpflichte mich hierdurch, dem Inhaber dieser Urkunde drei Scheffel Getreide zu geben", so ist anzunehmen, daß das im zweiten Satze enthaltene Versprechen ein abstraktes ist. Vgl. oben § 214 und die dort in Anm. 6 gegebenen Beispiele, insbesondere das dritte; ferner Dernburg II § 89 unter IV.

[4]) Z. B. A. verkauft dem B. für 1000 Mark ein Pferd, welches am 1. April gegen Baarzahlung übergeben werden soll. Um dem B. den Weiterverkauf des Pferdes zu erleichtern, stellt ihm A. eine Urkunde folgenden Inhalts aus: Hierdurch verpflichte ich mich, dem Inhaber dieser Urkunde am 1. April d. J. gegen Zahlung von 1000 M. meinen schwarzen Wallach zu übergeben.

[5]) Aus Anm. 1 ergiebt sich, daß Inhaberpapier ein weiterer Begriff ist, als Inhaberschuldverschreibung.

[6]) Vgl. das Nähere unten § 219 unter II, 1 S. 849.

[7]) Vgl. insbesondere § 1084 (Inhaberpapier als verbrauchbare Sache), § 935, (Eigenthumserwerb, vgl. auch §§ 1006, 1007 BGB., § 367 HGB.), § 1081 (Nießbrauch), §§ 1293, 1294 (Pfandrecht); vgl. ferner §§ 1362 Abs. 1, 1381 Abs. 1, 1646 Abs. 1.

[8]) Um die rechtliche Natur solcher Marken festzustellen, wird man untersuchen müssen, ob nach Lage des Falles der Aussteller bei Ausgabe der Marken die Absicht gehabt hat, einen leicht übertragbaren Träger eines selbständigen Rechtes zu schaffen, oder ob er nur die Absicht gehabt hat, sich durch Ausgabe der Marken das Recht zu verschaffen, durch Leistung an den Präsentanten ohne Legitimationsprüfung sich zu befreien. Im ersteren Falle liegen Inhaberpapiere, im letzteren nur sog. Legitimationspapiere vor. Marken ersterer Art sind z. B. Theaterbillets und andere Eintrittskarten, Badebillets, Biermarken, Speisemarken, Briefmarken, Stempelmarken usw., Marken letzterer Art sind z. B. Garderobenmarken, Gepäckscheine, die Marken, die demjenigen gegeben werden, der eine Sache zur Reparatur übergiebt usw. Ist bei den Marken ersterer Art die Uebertragbarkeit ausgeschlossen (wie es z. B. bei Rückfahrkarten, Rundreisebillets, häufig auch bei einem Abonnement von Speisemarken, Badebillets vorkommt), so daß also der Aussteller der Marke die wichtigste Eigenschaft des Inhaberpapiers genommen hat, so ergiebt sich daraus, daß er nicht dem Inhaber zu einer Leistung verpflichtet sein wollte; eine solche Marke ist daher keine Inhaber-, sondern eine Legitimationsmarke.

anzusehen, so gelten die für diese gegebenen Vorschriften im Wesentlichen auch für sie (§ 807)[9]).

§ 808. IV. Von den Inhaberpapieren wesentlich verschieden sind die sog. Legitimationspapiere[10]). In ihnen ist eine bestimmte Person als Gläubiger benannt, so daß nur diese Person oder ihr legitimierter Rechtsnachfolger das Recht aus dem Papiere geltend zu machen befugt ist. Die Besonderheit dieser Papiere liegt nur darin, daß der Aussteller der Urkunde sich bei der Ausgabe das Recht vorbehalten hat, an jeden Inhaber leisten zu dürfen. Der Inhaber als solcher ist seinerseits nicht berechtigt, die Leistung zu verlangen, muß vielmehr, wenn es von ihm gefordert wird, sein Verfügungsrecht nachweisen. Der Aussteller dagegen braucht dieses Verfügungsrecht nicht zu prüfen, wird vielmehr auch durch die Leistung an den nicht verfügungsberechtigten Inhaber befreit[11]). Für solche Legitimationspapiere gelten weder die für Inhaberpapiere gegebenen sachenrechtlichen Vorschriften[12]) noch die das Schuldverhältniß aus den Inhaberschuldverschreibungen betreffenden Bestimmungen (§ 808). Jedoch ist auch bei diesen Papieren der Schuldner nur gegen Aushändigung der Urkunde zur Leistung verpflichtet, ferner können abhanden gekommene oder vernichtete Legitimationspapiere im Wege des Aufgebotsverfahrens für kraftlos erklärt werden, wenn nicht ein Anderes bestimmt ist[13]), und endlich hat, falls im Aufgebots-

---

[9]) Zur Anwendung kommen § 793 Abs. 1 über die Berechtigung des jeweiligen Inhabers, § 794 über die Verpflichtung des Ausstellers, § 796 über den Ausschluß der Einwendungen, § 797 über die Aushändigung. Es ist jedoch auf einen wichtigen Unterschied zwischen § 793 Abs. 1 und § 807 aufmerksam zu machen. Während der § 793 Abs. 1 die Verpflichtung des Ausstellers an die Thatsache der Ausstellung knüpft („hat Jemand eine Urkunde ausgestellt" s. unten § 219 unter I S. 848), verlangt § 807 für den Eintritt der dort vorgeschriebenen Wirkungen die Ausgabe der Karten („werden Karten . . . von dem Aussteller . . . ausgegeben"). Zwar kommt auch § 794 Abs. 1 zur entsprechenden Anwendung, so daß der Aussteller dem Inhaber einer einzelnen Marke nicht entgegenhalten kann, gerade diese Marke sei ihm gestohlen worden, aber immerhin muß der Aussteller mit der Ausgabe der Marken dieser Art mindestens begonnen haben. Vgl. Prot. II S. 562. — Nicht zur Anwendung kommt § 795 über das Erforderniß der staatlichen Genehmigung, — in Inhabermarken wird in der Regel nicht die Zahlung einer Geldsumme versprochen, — die Vorschriften über die Ertheilung neuer Urkunden, das Aufgebot, die Vorlegungsfristen und die Umschreibung auf den Namen. Rücksichtlich des Aufgebots bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften in Kraft (EG. Art. 102 Abs. 1, vgl. § 11 EG. zur CPO.). In Preußen bestehen derartige Vorschriften nicht, so daß Inhabermarken, z. B. Speisemarken, Theaterbillets, nicht aufgeboten werden können. Wohl aber können nach § 808 Abs. 2 Legitimationsmarken aufgeboten werden. Hat z. B. A. seine Uhr bei B. zur Reparatur gegeben und hat er darüber eine Marke erhalten, so daß B. nach § 808 Abs. 2 Satz 1 nur gegen Aushändigung der Marke die Uhr zu verabfolgen verpflichtet ist, so kann A., wenn ihm die Marke abhanden gekommen ist, deren Aufgebot beantragen.

[10]) Solche Legitimationspapiere sind Sparkassenbücher, Leihhausscheine, Depotscheine, Versicherungspolicen, zahlreiche Arten von Marken, Karten, Billets (vgl. Anm. 8).

[11]) Vgl. jedoch unten § 219 Anm. 8.

[12]) Sie sind keine selbständigen Sachen, können also nicht losgelöst von der Forderung Gegenstand besonderer Rechte sein. Zu ihrer Uebertragung ist Abtretung erforderlich, für welche die allgemeinen Grundsätze gelten, insbesondere der § 404 rücksichtlich der Einwendungen.

[13]) Sei es durch Rechtsgeschäft, sei es durch Gesetz. Letzteres ist in Preußen nicht der Fall; auch ist, was nach EG. Art. 102 Abs. 2 zulässig wäre, für die Kraftloserklärung ein anderes Verfahren als das Aufgebotsverfahren nicht vorgeschrieben. Das Aufgebot und die Zahlungssperre der Legitimationspapiere des § 808 richten sich daher nach den Vorschriften der CPO., (vgl. insbesondere § 1023 CPO. und die ergänzenden Vorschriften des § 8 des preuß. AG. zur CPO.) Zu beachten ist, daß der § 1018 CPO. nicht zur Anwendung kommt: derjenige, welcher das Ausschlußurtheil erwirkt hat, ist dem Aussteller

verfahren eine Zahlungssperre angeordnet wird, diese die Wirkung, die Verjährung, für welche im Uebrigen nichts Besonderes gilt, zu hemmen.

V. Form.

1. In dem Begriffe der Schuldverschreibung auf den Inhaber liegt das Erforderniß der Schriftform. Jedoch ist eine Ausnahme von der Vorschrift des § 126 insofern gestattet, als nicht die eigenhändige Unterschrift des Ausstellers wesentlich ist, sondern auch eine im Wege der mechanischen Vervielfältigung hergestellte Namensunterschrift genügt[14]).

2. Da faksimilierte Unterschriften genügen, kommt es, besonders, wenn die Schuldverschreibungen auf den Inhaber in großen Massen, z. B. vom Staate, ausgegeben werden, häufig vor, daß die Urkunden mit Datum und faksimilierten Unterschriften fertiggestellt sind, ohne daß jedoch nach dem Willen des Ausstellers das Schuldversprechen perfekt sein soll. Zu dieser Perfektion ist in der Regel noch eine besondere Ausfertigung der Urkunden erforderlich. Es ist somit zwischen der Herstellung und der Ausfertigung der Urkunden zu unterscheiden. Damit nun für den Aussteller nicht die Gefahr eintrete, daß er aus einer zwar hergestellten aber noch nicht ausgefertigten Urkunde Zahlung leisten müsse, bestimmt das Gesetz, daß die Gültigkeit der Unterzeichnung und somit die Wirksamkeit des Schuldversprechens noch von der Beobachtung einer besonderen Form, z. B. einem Ausfertigungsvermerk, abhängig gemacht werden kann. Diese Bestimmung muß in die Urkunde selbst aufgenommen werden[15]). Daß eine derartige Vorschrift etwa in den Satzungen der die Inhaberpapiere ausgebenden Körperschaft enthalten oder öffentlich bekannt gemacht ist, genügt nicht. Nur für Inhaberschuldverschreibungen, welche ein Bundesstaat oder eine andere öffentlich-rechtliche juristische Person (Körperschaft, Stiftung oder Anstalt) ausgiebt, kann durch landesgesetzliche Vorschrift die Gültigkeit der Urkunde von einer besonderen Form abhängig gemacht werden, auch ohne daß eine diesbezügliche Bestimmung in die Urkunde aufgenommen ist (EG. Art. 100)[16]).

3. Die für die Schuldverschreibungen auf den Inhaber gegebenen Formvorschriften gelten nicht für die Inhabermarken. Indem das Gesetz im § 807 „Karten, Marken und ähnliche Urkunden" als Inhaberpapiere zuläßt, versteht es darunter diese Urkunden in derjenigen Form und mit demjenigen Inhalte, wie beides im Verkehr üblich ist. Form und Inhalt dieser Karten sind außerordentlich verschieden. Eine Unterschrift des Ausstellers enthalten sie selten, häufig ergeben sie nicht einmal, wer der Aussteller ist, der Gegenstand der Leistung ist oft nur unvollständig, mitunter gar nicht bezeichnet[17]).

---

gegenüber nicht berechtigt, die Rechte aus der Urkunde geltend zu machen, vielmehr tritt das Ausschlußurtheil an die Stelle des Legitimationspapiers, so daß der Aussteller an den, der das Ausschlußurtheil erwirkt hat, zwar leisten kann, aber auch von ihm den Nachweis seines Gläubigerrechts zu verlangen befugt ist. Prot. II S. 565.

[14]) Aber immerhin ist eine Namensunterschrift, wenn auch eine faksimilierte nothwendig. Daß der Name des Ausstellers gedruckt ist, genügt nicht (vgl. RG. Bd. 14 S. 94.)

[15]) Die besondere Form kann in der eigenhändigen Unterschrift des Ausstellers bestehen. Ist also in der Urkunde die Bestimmung enthalten, daß die Unterzeichnung nur gültig ist, wenn sie eigenhändig durch den Aussteller erfolgt ist, so fällt die in § 973 Abs. 2 S. 2 vorgeschriebene Erleichterung weg.

[16]) Vgl. Art. 17 § 1 pr. AG. zum BGB. Nach dieser Vorschrift erfolgt bei den über das Kapital lautenden Inhaber-Schuldverschreibungen des preußischen Staates oder eines Kommunalverbandes die Ausfertigung dadurch, daß der Vermerk „Ausgefertigt" Seitens des damit beauftragten Beamten eigenhändig unterzeichnet ist, bei Kupons und Talons durch den Ausdruck eines Trockenstempels, der den Preußischen Adler resp. das Siegel des Kommunalverbandes enthält.

[17]) Vgl. M. II S. 721. Auch auf die Legitimationspapiere des § 808 sind die

VI. Staatliche Genehmigung. § 795.

1. Wenn das Recht, Schuldverschreibungen auf den Inhaber auszugeben, auch grundsätzlich jeder physischen und juristischen Person zusteht, so gilt doch gerade für die wichtigste Art eine Ausnahme. Schuldverschreibungen, welche im Inland ausgestellt sind und in denen die Zahlung einer bestimmten[18]) Geldsumme versprochen wird, dürfen nur mit staatlicher Genehmigung in den Verkehr gebracht werden, mit Ausnahme derjenigen, die von dem Reiche oder einem Bundesstaat ausgegeben werden.[19]) Im Inland ausgestellt ist die Urkunde dann, wenn der in ihr angegebene Ausstellungsort im Inlande belegen ist; darauf, wo der Aussteller seinen Wohnsitz hat, kommt es nicht an.[20])

2. Für die Ertheilung der Genehmigung ist die Zentralbehörde desjenigen Bundesstaats zuständig, in welchem der Aussteller seinen Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung, eine juristische Person ihren Sitz hat.[21])

3. Die Verletzung der Vorschrift hat zivilrechtliche und strafrechtliche Folgen.

Formvorschriften des § 793 nicht anzuwenden. Andererseits verlangt auch das Gesetz für diese Papiere nicht unter allen Umständen die Schriftform, sodaß auch § 126 nicht zur Anwendung gelangt. Auch hier ist die Frage, in welcher Form diese Legitimationspapiere auszustellen sind, insbesondere, ob sie die Unterschrift des Ausstellers enthalten müssen und ob eine faksimilierte Unterschrift genügt, nach dem im Verkehr Ueblichen zu entscheiden. Vgl. auch Planck Anm. 2a zu § 808.

[18]) Dividendenscheine fallen nicht unter die Vorschrift, da sie nicht über eine bestimmte Geldsumme lauten, wohl aber Zinsscheine. Werden mit einer Schuldverschreibung auf den Inhaber Zinsscheine auf den Inhaber ausgegeben, so bezieht sich die für erstere ertheilte Genehmigung auch auf die letzteren. Werden mit Schuldverschreibungen, die auf den Namen oder an Order gestellt sind, auf den Inhaber lautende Zinsscheine ausgegeben, so ist in jedem einzelnen Falle besonders zu untersuchen, ob es sich um wirkliche Schuldverschreibungen auf den Inhaber im Sinne des § 793 handelt, ob in der That die Absicht des Ausstellers vorliegt, sich **jedem** Inhaber gegenüber zu verpflichten und ob die Formvorschriften des § 793 erfüllt sind. Ist dies der Fall, so kommt auch § 795 zur Anwendung. In der Regel wird dies aber nicht der Fall sein. Es ist regelmäßig nicht anzunehmen, daß der Aussteller, der die Schuldverschreibung selbst auf den Namen oder an Order gestellt hat, also einen selbständigen Träger der Forderung nicht hat schaffen wollen, diese Absicht hinsichtlich der Nebenforderung gehabt haben soll. Man wird in dem angegebenen Falle die Zinsscheine regelmäßig nur als Urkunden im Sinne des § 807 ansehen können, sodaß sie der Vorschrift des § 795 nicht unterliegen. Vgl. Planck Anm. 1 zu § 803, DJZ. 1900 S. 524, 1901 S. 159, Korrespondenz der Aeltesten der Kaufmannschaft 1902 S. 47; vgl. auch RG. Bd. 5 S. 254 ff.

[19]) Das Erforderniß der staatlichen Genehmigung schließt sich im Wesentlichen dem früheren preußischen Rechte (Ges. v. 7. Juni 1883) an. Der hauptsächlichste Grund für die Vorschrift ist, „den Staatskredit vor den Gefahren zu schützen, die ihm aus einer Ueberfluthung des Geldmarkts mit geldähnlichen Zahlungsmitteln erwachsen können“ (Prot. II S. 557). Hierbei ist jedoch zu bemerken, daß Kaufleute nach § 363 HGB. Verpflichtungsscheine über die Leistung von Geld auf einen bestimmten Namen mit der Orderklausel ausstellen dürfen, so daß die mit Blankoindossament versehenen Scheine wie Inhaberpapiere zirkulieren können. Die Beschränkung trifft also im Wesentlichen Nichtkaufleute. (Prot. a. a. O.)

[20]) Das naheliegende Bedenken, daß die Vorschrift durch Angabe eines im **Auslande** belegenen Ausstellungsorts leicht umgangen werden könne, wurde durch die Erwägung beseitigt, „Papiere, die von Inländern ausgestellt, aber von einem ausländischen Orte datiert würden, ohne daß eine Beziehung zu dem betreffenden fremden Staate bestehe, würden im Inlande schon wegen mangelnden Vertrauens keinen Absatz finden“ (Prot. VI S. 179).

[21]) Es ergiebt sich hieraus, daß in dem Falle, daß der Aussteller im Inlande weder einen Wohnsitz noch eine gewerbliche Niederlassung hat und trotzdem im Inlande solche Schuldverschreibungen ausstellt, die Ertheilung der Genehmigung ausgeschlossen ist. Sowohl die Ertheilung der Genehmigung als die besonderen Bestimmungen, unter denen sie erfolgt ist, sollen im Reichsanzeiger bekannt gemacht werden (§ 795 Abs. 2 S. 2). Es handelt sich hierbei nur um eine Ordnungsvorschrift, die es Jedem ermöglichen soll, die Ertheilung der Genehmigung festzustellen.

Die ohne die staatliche Genehmigung in den Verkehr gelangte Schuldverschreibung ist nichtig, der Aussteller ist aber, ohne daß es auf ein Verschulden ankommt, zum Schadensersatze verpflichtet, und zwar hat er den Schaden zu ersetzen, der durch die Ausgabe verursacht worden ist. Die Schadensersatzpflicht setzt somit eine Ausgabe der Urkunde voraus, sie tritt nicht ein, wenn die ausgestellte Schuldverschreibung ohne den Willen des Ausstellers in den Verkehr gelangt, z. B. ihm gestohlen oder verloren gegangen ist. Denn nicht die Ausstellung, sondern das Inverkehrbringen bedarf der staatlichen Genehmigung.[22]) Zur Schadensersatzforderung berechtigt ist der Inhaber der Urkunde[23]) ohne Rücksicht darauf, ob er die mangelnde Genehmigung gekannt hat oder hätte kennen müssen.[24]) — Zu der Nichtigkeit tritt die Bestrafung aus dem durch EG. Art. 34 unter IV neu eingeführten § 145a StrGB.[25])

§ 219. Die Forderung aus den Schuldverschreibungen auf den Inhaber.

I. Die Entstehung der Forderung.

1. Die Begründung der Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber erfolgt durch eine einseitige nicht empfangsbedürftige Willenserklärung. Diese ist wirksam, sobald der Wille, die in der Urkunde versprochene Leistung an den Inhaber der Urkunde zu bewirken, in der gehörigen Form geäußert, die Urkunde also perfekt ist (sog. Kreationstheorie)[1]). Daß der Aussteller die Urkunde auch noch in Umlauf gesetzt, sie begeben hat (sog. Emissionstheorie), ist zur Begründung seiner Verpflichtung nicht erforderlich[2]).

§ 794. 2. Die Folge des Grundsatzes, daß der einseitige, in der vorgeschriebenen Form geäußerte Verpflichtungswille den Aussteller definitiv bindet, ist die Vorschrift, daß es gleichgültig ist, auf welche Weise die Urkunde in den Verkehr gelangt ist. Auch wenn dies ohne und gegen den Willen des Ausstellers geschehen ist, wenn ihm z. B. die Urkunde gestohlen oder verloren gegangen ist, besteht seine Verpflichtung. Das perfekte, wenn auch noch nicht ausgegebene Inhaberpapier ist bereits eine Sache im Rechtssinne. Die Rechtslage ist daher dieselbe wie in dem Falle, daß eine Sache dem Eigenthümer abhanden gekommen ist. Nach der für Inhaberpapiere bestehenden besonderen Vorschrift (§ 935

---

[22]) Vgl. M. II S. 720, Oertmann Anm. 3c zu § 795. A. M. Dernburg II S. 340, welcher meint, die entgegengesetzte Ansicht sei gegen den Wortlaut des Gesetzes. Aber das Gegentheil ist der Fall. Denn wenn der „durch die Ausgabe verursachte Schaden" zu ersetzen ist, so muß eine Ausgabe stattgefunden haben. Ist dies nicht der Fall, so kann „durch die Ausgabe" kein Schaden verursacht worden sein. Auch die unten erwähnte Strafvorschrift stimmt hiermit überein.

[23]) Zweifelhaft ist, ob der Aussteller dem Inhaber entgegensetzen kann, er sei zur Verfügung über die Urkunde nicht berechtigt, z. B. er habe sie gestohlen. Man wird diese Frage nach Analogie des § 793 Abs. 1 bejahen müssen. Wer das Recht aus der Urkunde nicht geltend machen kann, kann auch nicht die an Stelle der eigentlichen Forderung gegebene Schadensersatzforderung geltend machen.

[24]) Vgl. M. II S. 720. A. M. für den Fall der Kenntniß Dernburg II § 148 Anm. 7, Oertmann Anm. 3b zu § 795.

[25]) Neben § 795 kommen andere Reichsgesetze, insbesondere das Gesetz vom 8. Juni 1871 über Inhaberpapiere mit Prämien, sowie das Bankges. vom 14. März 1875 in Betracht.

[1]) Vgl. oben § 32 unter 3 b (S. 134) und § 42 unter III, 1 (S. 173).

[2]) Vgl. M. II S. 695 u. 697; Prot. II S. 537—539 (wo allerdings bemerkt ist, daß „man der Ausgestaltung der Inhaberpapiere keine bestimmte Theorie zu Grunde gelegt habe"), Dernburg II § 147 S. 336, Oertmann zu § 794, Endemann I § 196 Anm. 32, Leske I S. 320.

Abs. 2) wird der gutgläubige Erwerber des ohne den Willen des Ausstellers in den Verkehr gelangten Inhaberpapiers Eigenthümer des Papiers.

3. Aus dem erwähnten Prinzip ergiebt sich ferner als nothwendige Folge, daß das durch die Ausstellung wirksam gewordene Papier diese Wirksamkeit nicht verlieren kann, wenn der Aussteller vor der Ausgabe der Urkunde gestorben oder geschäftsunfähig geworden ist [3]).

II. Der Berechtigte.

1. Zur Geltendmachung der in der Schuldverschreibung versprochenen Leistung ist jeder Inhaber [4]) der Urkunde legitimiert. Die Inhabung der Urkunde begründet aber nur die formelle Legitimation des Inhabers als Gläubigers, seine materielle Berechtigung ist davon abhängig, daß er zur Verfügung über die Urkunde berechtigt ist. Die Beweislast hierfür trifft jedoch den Aussteller, denn bis zum Beweise des Gegentheils gilt der Inhaber als der verfügungsberechtigte Gläubiger. Kann aber der Aussteller beweisen, daß dem Inhaber das materielle Verfügungsrecht fehlt, so ist er zur Leistung an den Inhaber nicht verpflichtet [5]).

2. Zur Verfügung über die Urkunde berechtigt ist an sich nur der Eigenthümer. Es greifen also für die Frage, ob der Inhaber der Urkunde das Eigenthum an ihr erworben hat, die Bestimmungen über den Erwerb des Eigenthums an beweglichen Sachen Platz [6]). Zur Verfügung berechtigt ist ferner der Nichteigenthümer, wenn der Eigenthümer seine Einwilligung zur Verfügung ertheilt hat (§ 185), ferner der Pfandgläubiger (§ 1294). Dagegen ist zur Verfügung nicht berechtigt der bösgläubige Erwerber, der Verwahrer, der Beauftragte, es sei denn, daß ihm gerade der Auftrag zur Verfügung ertheilt worden ist [7]).

---

[3]) Die Wortfassung des § 794 Abs. 2 ist freilich insofern nicht ganz unbedenklich, als er davon spricht, daß nach dem Tode des Ausstellers die Urkunde „ausgegeben“ wird. Wie aber, wenn der Aussteller stirbt und die Urkunde aus seinem Nachlasse gestohlen wird, also eine Ausgabe überhaupt nicht erfolgt ist? Streng genommen trifft weder Abs. 1, noch Abs. 2 zu. Aber auch in diesem Falle ist die Schuldverschreibung wirksam, denn auch Abs. 2 meint, daß es für die Wirksamkeit einflußlos ist, wenn das Papier erst nach dem Tode des Ausstellers in den Verkehr gelangt ist (vgl. Oertmann zu § 794). Der E. I hatte sich im § 686 korrekter ausgedrückt: „Die Verpflichtung wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Schuldverschreibung erst, nachdem der Aussteller gestorben oder geschäftsunfähig geworden ist, in den Verkehr gelangt.“ Prot. II S. 537 ergeben, daß eine Aenderung nicht beabsichtigt, sondern der Entwurf angenommen worden ist.

[4]) Inhaber darf nicht mit Besitzer im Sinne des BGB. identifiziert werden. Inhaber ist derjenige, der das Papier in Händen hat, wenn er auch nicht Besitzer ist, weil er nur Besitzdiener im Sinne des § 855 ist. Umgekehrt ist der mittelbare Besitzer der Urkunde (§ 868) zwar auch Besitzer im Sinne des BGB., aber nicht Inhaber.

[5]) Auf dem entgegengesetzten Standpunkte stand der E. I. Er gab das Gläubigerrecht dem Inhaber schlechthin (E. I §§ 685 Abs. 1, 687, M. II S. 696, 697, 698). Die zweite Kommission ging dagegen davon aus, „daß das Gläubigerrecht grundsätzlich nur dem Eigenthümer des Papiers zuzugestehen sei“ (Prot. II S. 529).

[6]) In Betracht kommen insbesondere die §§ 929 ff., und für das Gebiet des Handelsrechts außerdem die §§ 366, 367 HGB.

[7]) Ferner kann dem Eigenthümer selbst die Verfügungsbefugniß fehlen, z. B. in Folge der Eröffnung des Konkurses über sein Vermögen (§ 6 KO.), in Folge des Verwaltungsrechts des Mannes (§ 1395), in Folge eines gerichtlichen Verbots (§ 1019 CPO.). Dagegen ist es unrichtig, wenn Oertmann Anm. 3 zu § 793 auch die mangelnde Geschäftsfähigkeit dazu rechnet. Die Geschäftsfähigkeit ist für die Verfügungsfähigkeit maßgebend und hat nichts mit der Verfügungsbefugniß zu thun. — Zu bemerken ist noch, daß der Aussteller nicht geltend machen kann, der Erwerb des Papiers durch den Inhaber sei anfechtbar (wegen Betrugs, Zwanges, Irrthums). Denn so lange die Anfechtung nicht erfolgt ist, bleibt das Verfügungsrecht des Inhabers bestehen.

3. Wenn hiernach auch der Aussteller dem Inhaber der Urkunde die mangelnde Verfügungsberechtigung mit Erfolg entgegensetzen kann, so ist er doch hierzu nicht verpflichtet. Er kann vielmehr mit befreiender Wirkung auch an denjenigen Inhaber leisten, der zur Verfügung nicht berechtigt ist, und dies ist selbst dann der Fall, wenn der Aussteller die mangelnde Verfügungsberechtigung des Inhabers kennen mußte, ja sogar, wenn er sie kannte [8]). Will der Eigenthümer der Urkunde die Leistung an den unberechtigten Inhaber hindern, so muß er dafür sorgen, daß dem Schuldner die Leistung an diesen gerichtlich untersagt wird, sei es durch eine einstweilige Verfügung, sei es durch eine Zahlungssperre im Sinne des § 1019 CPO.

III. Die Vertheidigung des Verpflichteten.

§ 796. 1. Der Erwerber eines Inhaberpapiers erlangt ein selbständiges von dem Rechte des Veräußerers unabhängiges Recht. Es können ihm daher, ebenso wie dem Indossatar eines Wechsels und eines kaufmännischen Orderpapiers [9]) und im Gegensatze zu den für die Uebertragung einer Forderung geltenden Vorschriften, Einwendungen aus der Person eines früheren Eigenthümers des Papiers grundsätzlich nicht entgegengesetzt werden. Es sind, abgesehen von dem Einwande, daß der Inhaber zur Verfügung über die Urkunde nicht berechtigt sei [10]), nur folgende Arten [11]) von Einwendungen zulässig:

a) Einwendungen, welche die Gültigkeit der Ausstellung der Urkunde betreffen. Zu diesen gehören insbesondere der Einwand

---

[8]) Dies muß nach der Wortfassung des § 793 Abs. 1 S. 2 und der Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift angenommen werden. In der zweiten Kommission ist die Frage, ob der Aussteller auch an den Inhaber, dessen mangelnde Verfügungsbefugniß er kennt, leisten dürfe, zu wiederholten Malen eingehend erörtert und trotz aller dagegen geltend gemachter Bedenken bejaht worden. (Vgl. Prot. II S. 533—537, VI S. 209—211). Auch die allgemeine Fassung des § 797 S. 2, daß der Aussteller unter allen Umständen mit der auf Grund der Leistung erfolgenden Aushändigung das Eigenthum an der Urkunde erwirbt, beweist die Richtigkeit dieser Ansicht. A. M. Oertmann Anm. 4 zu § 793, Dernburg II § 149 unter 1, 2, welche ausführen, daß, wer wissentlich an den nichtberechtigten Inhaber leiste, gegen Treu und Glauben verstoße. Das kann gewiß unter Umständen zutreffen und eine Schadensersatzpflicht begründen. Aber man muß eben streng zwischen einer solchen möglichen Schadensersatzpflicht und der Befreiung des Ausstellers von seiner durch die Schuldverschreibung begründeten Verbindlichkeit unterscheiden. Letztere tritt unter allen Umständen ein, selbst wenn der Aussteller wissentlich an den Dieb geleistet hat. Denn der Aussteller hat auch in diesem Falle das Eigenthum an der Urkunde erworben (§ 797 S. 2). Eine Forderung aus der Urkunde kann nicht mehr gegen ihn erhoben werden. Auch alle Nebenrechte der Forderung sind erloschen. Etwas anderes, als daß die Befreiung von der durch die Urkunde begründeten Verbindlichkeit eintritt, sagt auch das Gesetz nicht. Daß möglicherweise dem Eigenthümer eine Schadensersatzforderung gegen den Aussteller erwachsen könne, ist weder im Gesetze verneint noch von der zweiten Kommission verkannt. Im Gegentheile weisen die Protokolle ausdrücklich darauf hin, daß das Verbot der §§ 257, 259 StGB. (Begünstigung und Hehlerei) dem Eigenthümer unter Umständen Schutz gewähre (Prot. II S. 536, VI S. 210). Auch die Vorschrift des § 826 kann Platz greifen. Der Fall liegt ähnlich, wie wenn der Schuldner, dem sein Gläubiger die Zession angezeigt hat, der aber weiß, daß sie in Wirklichkeit nicht erfolgt ist, trotzdem an den Zessionar leistet. (Vgl. oben § 120 Anm. 2).

[9]) Vgl. Art. 82 WO., §§ 363, 364 HGB. § 364 Abs. 2 schließt sich in der Fassung dem § 796 BGB. an. (D. zum HGB. S. 220.)

[10]) Diese Einwendung ist zulässig, ohne daß weiter untersucht zu werden braucht, unter welche Kategorie des § 796 sie fällt, denn sie ist durch § 793 Abs. 1 besonders zugelassen.

[11]) Der Unterschied der drei Gruppen der Einwendungen des § 796 läßt sich dahin charakterisieren, daß mit denen unter a in Abrede gestellt wird, daß die Verbindlichkeit überhaupt, mit denen unter b, daß sie so, wie Kläger behauptet, entstanden sei, während mit denen unter c geltend gemacht wird, daß gerade der Kläger nicht fordern dürfe.

der Fälschung nicht nur der Unterschrift, sondern auch irgend eines anderen Bestandtheils der Urkunde, der Einwand der nicht gehörigen Ausfertigung [12]), der Einwand, daß die Ausstellung wegen mangelnder Geschäftsfähigkeit oder wegen eines Willensmangels des Ausstellers zur Zeit der Ausstellung unwirksam sei [13]). Alle diese Einwendungen können jedem Inhaber der Urkunde entgegengesetzt werden, ohne daß es darauf ankommt, ob er sie beim Erwerbe gekannt hat oder kennen mußte.

b) Einwendungen, welche sich aus der Urkunde ergeben. Es ist bereits dargethan, daß der Aussteller nur nach Maßgabe seines in der Urkunde enthaltenen Versprechens zur Leistung verpflichtet ist. Jeder Inhaber muß sich in Folge dessen alle Einschränkungen, die der Aussteller seinem Versprechen beigefügt hat, entgegensetzen lassen. Ist dem Versprechen der materielle Grund in der Art beigefügt, daß es von diesem Grunde abhängig sein soll, so kann der Aussteller auch jedem Inhaber Einwendungen aus diesem dem Versprechen zu Grunde liegenden Rechtsgeschäft entgegensetzen [14]).

c) Einwendungen, welche dem Aussteller unmittelbar gegen den Inhaber zustehen. Hierunter sind diejenigen Einwendungen zu verstehen, welche aus dem zwischen dem Kläger und dem Aussteller bestehenden persönlichen Rechtsverhältnisse hergeleitet sind, z. B. der Einwand, daß die Leistung an den Kläger bereits bewirkt, daß mit ihm ein Stundungs-, ein Erlaßvertrag, ein Vergleich geschlossen worden sei, ferner kann der Aussteller eine ihm gegen den gegenwärtigen Inhaber zustehende Forderung gegen die Forderung aus der Schuldverschreibung aufrechnen. Hatte der Aussteller einen solchen Einwand gegen den Vormann des gegenwärtigen Inhabers erworben, so kann er ihn diesem nur unter dem Gesichtspunkte der exceptio doli entgegensetzen [15]).

---

[12]) Vgl. oben § 218 unter V, 2 (S. 846).

[13]) Die Ansicht Dernburgs (II § 149 unter II a), daß Einwendungen wegen Mangels der Ernstlichkeit des Willens, wegen Irrthums, Betrugs, Zwanges nicht unbeschränkt nach den allgemeinen Grundsätzen über Willenserklärungen zuzulassen seien, dürfte nicht zutreffen. Das Gesetz, welches Einwendungen gegen die Gültigkeit der Ausstellung unbeschränkt zuläßt, giebt für diese einschränkende Auslegung keinen Anhalt. Allerdings kommen, da das Versprechen eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung ist, alle diejenigen Nichtigkeits- und Anfechtbarkeitsgründe nicht in Betracht, welche eine empfangsbedürftige Willenserklärung voraussetzen, insbesondere §§ 116 S. 2, 117, vgl. auch § 123 Abs. 2 (M. II S. 699). Dagegen kann die Nichtigkeit des § 118 und die Anfechtbarkeit der §§ 119 und 123 Abs. 1 Platz greifen. Da die erfolgte Anfechtung Nichtigkeit begründet, betrifft die Einwendung die Gültigkeit der Urkunde. Für die Anfechtungserklärung sind die Vorschriften der §§ 143 Abs. 4, 132 Abs. 2 maßgebend.

[14]) Vgl. oben § 218 unter I 3 (S. 843). So hat das Reichsgericht in der Entsch. Bd. 5 S. 254 ff. ausgesprochen, daß Zinskupons auf den Inhaber eine Zinsforderung darstellen und daher den für Zinsen geltenden Beschränkungen unterliegen. Nach § 289 S. 1 kann somit der Inhaber eines Zinsscheins keine Verzugszinsen fordern.

[15]) Vgl. über die Begründung der exceptio doli oben § 39 unter 6 (S. 154). Der Ansicht der M. (II S. 700), der sich auch Dernburg II § 149 unter II c anschließt, daß es zur Begründung der exc. doli nicht genügt, daß der Inhaber bei dem Erwerbe Kenntniß von einer gegen den Vormann zulässigen Einrede gehabt habe, daß vielmehr noch hinzukommen müsse, daß er die Schuldverschreibung „zu dem Zwecke erworben habe, um dem Aussteller die betreffende Einrede abzuschneiden und zu entziehen", kann nicht zugestimmt werden. Die Zulässigkeit der exc. doli findet, wie oben (S. 154) dargethan ist, für das BGB. ihre Begründung vornehmlich im § 826. Nach dieser Vorschrift ist es für die Begründung der Schadensersatzpflicht und daher auch für die Zulässigkeit der exc. doli ausreichend, wenn der Inhaber beim Erwerbe der Schuldverschreibung trotz der Kenntniß der Einrede gegen die guten Sitten, gegen Treu und Glauben gehandelt hat und sich bewußt gewesen ist, daß dadurch dem Aussteller Schaden zugefügt werde. Vgl. Oertmann Anm. 2 c zu § 796, Kuhlenbeck Anm. 2 zu § 796. Vgl. ferner Bernstein Wechselordnung § 3 unter 5 zu Art. 82, Staub Wechselordnung § 16 zu Art. 82, RG. Bd. 4 S. 100, Bd. 11 S. 9.

Zu den Einwendungen dieser Kategorie gehören auch diejenigen, welche die Gültigkeit der Begebung der Schuldverschreibung betreffen. Der Aussteller kann die Behauptung, daß eine Begebung überhaupt nicht oder nicht in wirksamer Weise erfolgt sei, nicht jedem Inhaber entgegensetzen, denn die Verpflichtung entsteht durch das einseitige Versprechen ohne Rücksicht auf eine gültige Begebung (§ 794). Der Aussteller kann daher den Umstand, daß die Urkunde ohne seinen Willen in den Verkehr gelangt ist oder daß die durch ihn bewirkte Begebung der Urkunde wegen Geschäftsunfähigkeit oder Willensmangel unwirksam sei, nur demjenigen Inhaber entgegensetzen, dessen Verfügungsbefugniß durch diesen Mangel beseitigt wird[16]).

§ 797. 2. Die Verpflichtung des Ausstellers ist davon abhängig, daß ihm die Urkunde, die seine Verpflichtung begründet, wieder zurückgegeben wird. Nur dadurch kann er es verhindern, daß trotz der durch ihn bewirkten Leistung die Urkunde weiterbegeben und er dadurch möglicherweise zu einer nochmaligen Leistung verpflichtet wird. Er ist daher nur Zug um Zug gegen Aushändigung der Schuldverschreibung zur Leistung verpflichtet[17]). Zugleich ist seine Schuld eine Holschuld. Er kommt nicht eher in Verzug, als bis der Inhaber ihm die Urkunde zum Zwecke der Zahlung vorgelegt und sich bereit erklärt hat, sie ihm Zug um Zug gegen Bewirkung der Leistung auszuhändigen.

3. Wird die Urkunde dem Aussteller auf Grund der von ihm bewirkten Leistung von dem Inhaber ausgehändigt, so erwirbt der Aussteller mit der Aushändigung der Urkunde das Eigenthum an der Urkunde. Da er auch durch die Leistung an den nicht verfügungsberechtigten Inhaber befreit wird, so vollzieht sich dieser Eigenthumserwerb auch dann, wenn ihm die Urkunde von einem so beschaffenen Inhaber ausgehändigt worden ist, ja selbst, wenn er den Mangel des Verfügungsrechts gekannt hat. (§ 797 Satz 2)[18]). Es liegt hierin eine beachtenswerthe, durch die Natur der Inhaberpapiere bedingte Abweichung von den sonst geltenden Grundsätzen über den Eigenthumserwerb (§ 932). Selbstverständlich schließt der Umstand, daß der Aussteller, der z. B. wissentlich an den Dieb leistet, Eigenthümer der ihm vom Diebe ausgehändigten Urkunde wird und eine Vindikation der Urkunde somit gegen ihn nicht zulässig ist, nicht aus, daß der Aussteller dem Bestohlenen schadensersatzpflichtig wird.

§ 801. IV. Das Erlöschen der Forderung.

1. Außer den sonstigen allgemeinen Gründen, welche das Erlöschen einer Forderung bewirken, ist für den Anspruch aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber eine Präklusivfrist vorgeschrieben, innerhalb deren entweder die Vorlegung der Urkunde zur Einlösung erfolgen oder der Anspruch gerichtlich geltend gemacht werden muß, widrigenfalls der Anspruch erlischt[19]). Die Beweislast dafür, daß die Vorlegung oder gerichtliche Geltendmachung rechtzeitig erfolgt ist, trifft den Gläubiger.

---

[16]) Hat er z. B. die Urkunde verloren, so kann er diesen Einwand demjenigen, der trotzdem Eigenthümer des Papiers geworden ist, — was unter Umständen auch beim Finder der Fall sein kann (vgl. § 973) — nicht entgegensetzen.

[17]) Eine Ausnahme tritt selbstverständlich ein, wenn die Urkunde für kraftlos erklärt ist. — Bei Abschlagszahlungen muß der Aussteller dafür sorgen, daß diese durch die Urkunde ersichtlich gemacht werden, sonst verliert er diese Einwendung gegen den gutgläubigen Erwerber (§ 796).

[18]) Die gegentheilige Ansicht Oertmanns (Anm. 2 zu § 797) ist gegen den klaren Wortlaut und die Absicht des Gesetzes. Vgl. auch oben Anm. 8.

[19]) Der Einwand, daß der Anspruch nach § 801 erloschen ist, kann jedem Inhaber entgegengesetzt werden.

2. Die Vorlegungsfrist beträgt 30 Jahre. Sie beginnt mit dem Eintritte der Zeit, die in der Urkunde selbst oder nach den in ihr enthaltenen Verloosungs- oder Kündigungsbedingungen für die Leistung bestimmt ist. Für Zins-, Renten- und Gewinnantheilscheine ist eine vierjährige Vorlegungsfrist vorgeschrieben, welche mit dem Schlusse des Jahres beginnt, in welchem die Fälligkeit eintritt, (§ 801 Abs. 2).

3. Die Verpflichtung, die Urkunde bei Vermeidung des Ausschlusses innerhalb einer bestimmten Frist zur Einlösung vorzulegen oder den Anspruch gerichtlich geltend zu machen, kann nicht vom Aussteller erlassen werden, wohl aber kann er die Dauer und den Beginn der Frist anders bestimmen. Eine solche Bestimmung bedarf jedoch der Aufnahme in die Urkunde (§ 801 Abs. 3). — Für besondere Bestimmungen rücksichtlich der Verjährungsfrist kommt § 225 zur Anwendung.

4. Ist die Vorlegung rechtzeitig erfolgt, so daß ein Erlöschen wegen Fristablaufs nicht eintreten kann, so verjährt der Anspruch aus dem Inhaberpapier in zwei Jahren. Dies gilt auch für die Zins- und Dividendenscheine. Diese Verjährungsfrist beginnt mit dem Ablaufe der Vorlegungsfrist. Im Uebrigen kommen für die Verjährungsfrist die allgemeinen Grundsätze der Verjährung zur Anwendung.

§ 802.

5. Wird auf den Antrag des Gläubigers nach § 1019 CPO. mit der Einleitung des Aufgebotsverfahrens oder während dieses Verfahrens oder in Gemäßheit des § 1020 CPO. schon vor der Einleitung des Verfahrens eine Zahlungssperre verfügt, so werden Beginn und Lauf sowohl der Vorlegungs- wie der Verjährungsfrist gehemmt. Die Hemmung beginnt, falls die Zahlungssperre verfügt wird, rückwirkend bereits mit der Stellung des Antrags und endigt mit der Beendigung des Aufgebotsverfahrens. Ist jedoch die Zahlungssperre nach § 1020 CPO. schon vor der Einleitung des Verfahrens verfügt worden, so endigt die Hemmung auch schon dann, wenn der Antrag auf Einleitung des Aufgebots nicht binnen sechs Monaten, nachdem er gestellt werden kann, gestellt wird (§ 802)[20]. Im Uebrigen finden auf die Vorlegungsfrist, da sie eine Präklusivfrist ist, die Vorschriften über Hemmung und Unterbrechung der Verjährung keine Anwendung.

§ 803.

6. Obwohl die Zinsscheine (Kupons), wie bereits bemerkt ist[21], in der Regel keine abstrakte Forderung, sondern eine Zinsforderung darstellen, sind sie doch grundsätzlich selbständige Träger dieser Zinsforderung. Das Erlöschen der Hauptforderung hat daher das Erlöschen der Zinsscheine nicht zur Folge[22], und ebenso wird ihre Gültigkeit dadurch nicht beeinträchtigt, daß die Verzinslichkeit der Hauptschuld aufgehoben oder geändert worden ist[23]. Der Aussteller

---

[20]) Auf diese sechsmonatige Frist kommen die §§ 203, 206, 207 zur entsprechenden Anwendung. — Die Vorschrift des § 802 gilt auch für die vor dem 1. Januar 1900 ausgegebenen Schuldverschreibungen, jedoch richtet sich im Uebrigen deren Verjährung nach dem bisherigen Rechte. EG. Art. 174.

[21]) Vgl. oben Anm. 14.

[22]) Anders liegt die Sache bei den Dividendenscheinen auf den Inhaber. Es wird nicht in ihnen, als in selbständigen Urkunden, die Zahlung einer bestimmten Summe versprochen, sondern ein Leistungs-Versprechen nur unter der Bedingung abgegeben, daß auf die Aktie ein Gewinn entfällt. Der Dividendenschein ist also seiner Natur nach unselbständig. Das HGB. bestimmt im § 228 Abs. 2, daß mit der Kraftloserklärung der Aktie auch der Anspruch aus noch nicht fälligen Dividendenscheinen erlischt. Dies muß auch für andere Fälle gelten, in denen die Aktie ungültig wird (vgl. D. zum E. eines HGB. S. 149). — Auch auf Talons (Erneuerungsscheine) findet die Vorschrift des § 803 keine Anwendung.

[23]) Mit dieser Vorschrift steht die des § 1019 Abs. 3 CPO. im Zusammenhange,

ist demgemäß verpflichtet, die Zinsscheine in voller Höhe selbst dann einzulösen, wenn er an sich zu einer Verzinsung der Hauptschuld nicht mehr verpflichtet ist, z. B. weil die Schuldverschreibungen, zu denen die Zinsscheine gehören, bereits ausgelooſt oder bezahlt sind oder weil eine Zinsreduktion stattgefunden hat. Allerdings kann in den Zinsscheinen das Gegentheil bestimmt werden. Dann ist der Aussteller zur Einlösung der Zinsscheine nur insoweit verpflichtet, als er die Hauptschuld zu verzinsen hat (§ 803 Abs. 1).

7. Eine Folge dieser selbständigen Natur der Zinsscheine ist es, daß der Aussteller, wenn ihm die Hauptschuldverschreibung zur Einlösung vorgelegt wird, verlangen kann, daß ihm alle Zinsscheine, die trotz des Erlöschens der Hauptschuld in Kraft bleiben würden, zurückgegeben werden, damit er nicht in die Gefahr komme, Zinsscheine einlösen zu müssen, obwohl für ihn eine materielle Verpflichtung zur Verzinsung nicht mehr besteht. Werden ihm Zinsscheine nicht zurückgegeben, so kann er den Betrag, den er für sie zu zahlen haben würde, von der Hauptschuld zurückbehalten (§ 803 Abs. 2) und zwar so lange, bis die Zinsscheine nachgeliefert werden.[24])

§ 220. Die Erneuerung und das Aufgebot der Urkunde.

1. Da das Gläubigerrecht an die Urkunde geknüpft ist, sind für den Fall, daß diese untergegangen ist, ohne daß der Gläubiger Befriedigung erhalten hat, Mittel gegeben, die Urkunde wieder herzustellen. Der Anspruch auf **Ertheilung einer neuen Urkunde** ist bald ohne ein vorhergehendes Verfahren (§ 798), bald erst nach erfolgtem Aufgebote (§ 800) gegeben. Diese beiden Fälle sind auch insofern von einander unterschieden, als es im ersteren Falle zur Geltendmachung des Anspruchs aus der Urkunde deren Erneuerung bedarf, während in dem anderen Falle der Anspruch auch auf Grund des Ausschlußurtheils ohne vorherige Erneuerung der Urkunde geltend gemacht werden kann.

§ 798. 2. Der Anspruch auf Erneuerung der Urkunde steht dem Inhaber gegen den Aussteller dann zu, wenn die Urkunde derart beschädigt oder verunstaltet worden ist, daß sie zum Umlaufe nicht mehr geeignet ist, ihre Individualität aber, d. h. ihr wesentlicher Inhalt und die Merkmale, durch welche sie sich von anderen Schuldverschreibungen derselben Gattung unterscheidet (z. B. die Nummer) noch mit Sicherheit erkannt werden können. Fehlt diese Voraussetzung, so bedarf es des Aufgebots, sofern ein solches überhaupt zulässig ist. Der Anspruch steht dem Inhaber schlechthin zu; der Einwand, daß er zur Verfügung über die Urkunde nicht berechtigt sei (vgl. § 793 Abs. 1), kann ihm nicht entgegengesetzt

---

nach welcher durch die Zahlungssperre die Einlösung der bereits ausgegebenen Zins-, Renten- oder Gewinnantheilscheine nicht betroffen wird. — Die Vorschriften des § 803 BGB. und des § 1019 Abs. 3 CPO. sind für die Verkehrsfähigkeit der Kupons von großer Bedeutung. Der Erwerber eines Kupons braucht sich nicht darum zu kümmern, ob der Kupon zu einem noch gültigen Hauptpapiere gehört und ob etwa rücksichtlich des Kupons eine Zahlungssperre verfügt ist. Für die Dividenscheine liegt das Bedürfniß für eine solche Schutzvorschrift nicht vor. Noch nicht fällige Dividendenscheine sind nicht Gegenstand eines regulären Geschäftsverkehrs.

[24]) Das Zurückbehaltungsrecht des § 803 Abs. 2 ist dem Aussteller nur so lange zu gewähren, als er nach § 803 Abs. 1 die Zinsscheine einzulösen verpflichtet ist. Ist daher der Anspruch nach § 801 erloschen oder verjährt, so muß er den zurückbehaltenen Betrag nachzahlen. — Ferner kommt § 804 in Betracht. Kann der Inhaber der Hauptschuldverschreibung Zinsscheine deswegen nicht vorlegen, weil sie ihm abhanden gekommen sind, so steht zwar dem Aussteller zunächst das Zurückbehaltungsrecht aus § 803 Abs. 2 zu, es kann aber der Inhaber unter der Voraussetzung des § 804 von ihm die in den Zinsscheinen versprochene Leistung fordern.

werden. Jedoch wird das Recht eines besser Berechtigten durch die Erneuerung der Urkunde nicht berührt. Zug um Zug gegen Herausgabe der neuen Urkunde hat der Inhaber dem Aussteller die beschädigte auszuhändigen; er hat ferner die Kosten der Erneuerung zu tragen und vorzuschießen.[1]) Die Vorschrift gilt für sämmtliche Schuldverschreibungen auf den Inhaber, auch für Zins- und Dividendenscheine (vgl. jedoch auch § 804).

§ 799. 3. Ist eine Schuldverschreibung auf den Inhaber abhanden gekommen oder vernichtet, so kann sie für kraftlos erklärt werden. Die Kraftloserklärung erfolgt im Wege des Aufgebotsverfahrens nach den Vorschriften der CPO. und zwar nach den allgemeinen der §§ 946—959 und den besonderen der §§ 1003 bis 1022. Aus diesen Vorschriften ist folgendes hervorzuheben:

a) Zu dem Antrage berechtigt ist der bisherige Inhaber des Papiers (§ 1004 CPO.); er hat insbesondere glaubhaft zu machen, daß er zur Zeit des Verlusts oder der Vernichtung der Inhaber war (§ 1007 Ziffer 2 CPO.).

b) Auf Antrag ist an den Aussteller und die Zahlstellen das Verbot zu erlassen, an den Inhaber eine Leistung zu bewirken (Zahlungssperre). Diese Zahlungssperre kann unter Umständen (§ 1020 CPO.) schon vor Einleitung des Aufgebotsverfahrens verfügt werden. Die Wirkung dieses Verbots besteht darin, daß jede an den Inhaber bewirkte Leistung dem Antragsteller gegenüber unwirksam ist (vgl. § 136).[2])

c) Vor Einleitung des Aufgebotsverfahrens und der Verfügung der Zahlungssperre sind nach näherer Vorschrift der §§ 1010 und 1011 CPO. gewisse Zeugnisse beizubringen. Zur Ausstellung dieser Zeugnisse und zur Ertheilung der erforderlichen Auskunft ist der Aussteller dem bisherigen Inhaber gegenüber, der die Kosten der Zeugnisse zu tragen und vorzuschießen hat, verpflichtet (§ 799 Abs. 2 BGB.).

4. Die Wirkung des Aufgebots besteht darin, daß derjenige, welcher das Ausschlußurtheil erwirkt hat, dem Aussteller gegenüber berechtigt ist, die Rechte aus der Schuldverschreibung geltend zu machen (§ 1018 Abs. 1 CPO.). Das Ausschlußurtheil legitimiert ihn wie der Besitz der Urkunde selbst. Der Aussteller kann ihm alle diejenigen Einwendungen entgegensetzen, die er ihm als Inhaber der Urkunde entgegensetzen könnte. Rechte Dritter werden durch das Ausschlußurtheil nicht berührt.

§ 800. 5. Der Antragsteller, der das Ausschlußurtheil erwirkt hat, ist ferner berechtigt, auf seine Kosten von dem Aussteller an Stelle der für kraftlos erklärten Urkunde die Ertheilung einer neuen zu verlangen[3]).

6. Die Wirkungen des Ausschlußurtheils fallen fort, wenn es infolge einer Anfechtungsklage aufgehoben wird; jedoch sind die von dem Aussteller nach der Aufhebung des Ausschlußurtheils bewirkten Leistungen wirksam, wenn er zur Zeit der Leistung die Aufhebung nicht gekannt hat. Die Kenntniß muß ihm bewiesen werden (§ 1018 Abs. 2 CPO.).

---

[1]) Vgl. die ähnlichen Vorschriften des § 4 des Bankgesetzes vom 14. März 1875, des § 6 des Ges. betr. die Ausgabe von Reichskassenscheinen, des § 229 HGB. — Die Vorschrift des § 798 gilt auch für die vor dem Inkrafttreten des BGB. ausgestellten Schuldverschreibungen auf den Inhaber. EG. Art. 174.

[2]) Es ergiebt sich hieraus, daß der Einwand, es sei eine Zahlungssperre angeordnet, jedem Inhaber entgegengesetzt werden kann. Daß das Verbot auf die Einlösung der Zins- und Dividendenscheine einflußlos ist (§ 1019 Abs. 3 CPO.), ist bereits oben § 219 Anm. 23 erwähnt.

[3]) Die §§ 799, 800 gelten auch für die vor dem Inkrafttreten des BGB. ausgegebenen Inhaberpapiere.

7. Die Kraftloserklärung findet nicht statt, wenn sie durch eine in die Urkunde selbst aufgenommene Bestimmung ausgeschlossen ist. Ist dies der Fall, so geht mit der Vernichtung der Urkunde der Anspruch aus der Urkunde unter. Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, daß aus dem der Ausstellung und Begebung der Schuldverschreibung zu Grunde liegenden Rechtsverhältniß ein Anspruch gegen den Aussteller gegeben ist. Nach gesetzlicher Vorschrift ist die Kraftloserklärung ferner ausgeschlossen bei unverzinslichen auf Sicht zahlbaren Schuldverschreibungen. Solche Papiere haben einen papiergeldähnlichen Charakter und werden deswegen ebenso behandelt wie Banknoten und Reichskassenscheine[4]).

§ 804. 8. Auch Zins-, Renten- und Gewinnantheilscheine unterliegen nicht dem Aufgebot und der Kraftloserklärung. Für den Fall, daß ein solcher Schein abhanden gekommen oder vernichtet ist, ist dem bisherigen Inhaber ein einfacherer Weg zur Erhaltung seines Anspruchs gegeben. Er hat den Verlust dem Aussteller anzuzeigen, jedoch muß diese Anzeige vor Ablauf der vierjährigen Vorlegungsfrist (§ 801 Abs. 2) erfolgen, da sonst der Anspruch erloschen ist und durch die Anzeige nicht wieder aufleben kann. Ist die Anzeige rechtzeitig erfolgt, so kann der bisherige Inhaber verlangen, daß nach Ablauf der Vorlegungsfrist der Aussteller an ihn leiste. Dieser Anspruch verjährt in vier Jahren; die Verjährung beginnt mit dem Ablaufe der Vorlegungsfrist. Wird jedoch innerhalb der Vorlegungsfrist der abhanden gekommene Schein dem Aussteller zur Einlösung vorgelegt oder gegen ihn gerichtlich geltend gemacht, so ist der Anspruch des Verlustanzeigers ausgeschlossen[5]). Daß der Aussteller den Schein auch *eingelöst* hat, wozu er trotz der Verlustanzeige berechtigt ist, ist zum Ausschlusse des Anspruchs des Verlustanzeigers nicht erforderlich. Der bloße Umstand der Vorlegung oder gerichtlichen Geltendmachung des Scheins genügt, um den Anspruch des Verlustanzeigers *gegen den Aussteller* auszuschließen; er muß seine etwaigen Ansprüche gegen den jetzigen Inhaber des Scheines verfolgen[6]).

Die Vorschrift des § 804 ist nur eine dispositive, sie kann durch eine in den Zins-Renten- oder Gewinnantheilschein aufgenommene Bestimmung ausgeschlossen werden.[7])

§ 805. 9. Dem Aufgebot unterliegen endlich nicht die sog. Erneuerungs-Scheine oder Talons, d. h. Urkunden, welche den Inhaber zum Empfange neuer Zins- oder Rentenscheine ermächtigen. Solche Erneuerungsscheine sind in der Regel keine eigentlichen Inhaberpapiere sondern nur Legitimationspapiere. Der In-

[4]) Nach § 4 Abs. 3 des Bankgesetzes ist die Bank für vernichtete oder verlorene Noten Ersatz zu leisten nicht verpflichtet. Ebenso ist es nach § 6 Abs. 2 des Ges. betr. die Ausgabe von Reichskassenscheinen dem pflichtmäßigen Ermessen der Reichsschulden-Verwaltung überlassen, für derartige Reichskassenscheine ausnahmsweise einen Ersatz zu leisten.

[5]) Die Beweislast ist so geregelt, daß der Aussteller, welcher den Ausschluß des Anspruchs behauptet, nur die Vorlegung oder die gerichtliche Geltendmachung des Scheines zu beweisen braucht; daß zu dieser Zeit die Vorlegungsfrist bereits verstrichen ist, muß der Verlustanzeiger beweisen.

[6]) Der innere Grund dieser Vorschrift ist der, daß das Verfahren des § 804 einen Ersatz des Aufgebotsverfahrens bildet. Wie dieses mit der Vorlegung der Urkunde seine Erledigung findet, so fällt der Anspruch aus § 804 Abs. 1 gleichfalls mit der Vorlegung fort. In beiden Fällen hat der Verlierer sein Recht gegen den Präsentanten der Urkunde zu verfolgen. Vgl. Prot. II S. 551.

[7]) Durch Landesgesetz kann bei Schuldverschreibungen auf den Inhaber, welche der Bundesstaat oder eine ihm angehörende öffentlich-rechtliche juristische Person ausstellt, der im § 804 Abs. 1 bezeichnete Anspruch ausgeschlossen werden, auch wenn die Ausschließung nicht in dem Zins- oder Rentenscheine bestimmt ist (Art. 100 Ziffer 2 EG.). Von diesem Vorbehalt ist in Preußen Gebrauch gemacht. Art. 17 § 2 Pr. AG. zum BGB.

haber der Schuldverschreibung geht dem Inhaber des Erneuerungsscheins vor. Ist ein Erneuerungsschein in Verlust gerathen, so braucht der Inhaber der Schuldverschreibung nur Widerspruch dagegen zu erheben, daß die neuen Zinsscheine an den Inhaber des Erneuerungsscheins ausgegeben werden. Es darf dann die Ausgabe an den Inhaber des Erneuerungsscheins nicht erfolgen, vielmehr kann der Inhaber der Schuldverschreibung verlangen, daß die neuen Scheine gegen Vorlegung der Schuldverschreibung ihm ausgehändigt werden (§ 805)[8].

§ 221. Die Umwandlung des Inhaberpapiers in ein Namenpapier.

§ 806.

1. Zum Schutze gegen die aus der Natur der Inhaberpapiere drohenden Gefahren, die insbesondere darin bestehen, daß die bloße Inhabung die Legitimation begründet und daß die Vindikation eingeschränkt ist, hatte das frühere Recht vielfach die Außerkurssetzung, d. h. die Umwandelung des Inhaberpapiers in ein Namenpapier durch die auf das Papier gesetzte einseitige Erklärung des Inhabers zugelassen[1]. Das BGB. hat diese einseitige Außerkurssetzung beseitigt, und zwar mit rückwirkender Kraft derart, daß mit dem Inkrafttreten des BGB. auch eine vorher erfolgte Außerkraftsetzung ihre Wirkung verliert. (EG. Art. 176)[2].

2. Nach dem BGB. (§ 806) kann ein Inhaberpapier auf den Namen eines bestimmten Berechtigten nur durch den Aussteller umgeschrieben werden. Es ist also zur Umwandelung ein Einverständniß zwischen dem Inhaber und dem Aussteller erforderlich. Durch eine solche Umschreibung verliert die Schuldverschreibung ihren Charakter als Inhaberpapier und wird zu einem Namenpapiere. Die Rückverwandelung in ein Inhaberpapier ist zulässig, kann aber wieder nur durch den Aussteller erfolgen. Die Umwandelung ist nicht nur rücksichtlich der Hauptschuldverschreibung, sondern auch rücksichtlich der Zins-, Renten- und Gewinnantheilscheine zulässig.

3. Die Verpflichtung, auf Verlangen des Inhabers das Papier auf den Namen eines bestimmten Berechtigten umzuschreiben, liegt dem Aussteller kraft Gesetzes nicht ob. (§ 806 S. 2).[3]) Er ist nur dann dazu verpflichtet, wenn

---

[8]) Dieselbe Vorschrift giebt § 230 HGB. für Talons über neue Dividendenscheine. — Der Widerspruch aus § 805 BGB. und § 230 HGB. kann nicht nur im Falle des Verlusts, sondern aus jedem anderen Grunde erfolgen. Zu beachten ist jedoch, daß beide Vorschriften nur das Verhältniß des Inhabers der Haupturkunde und des Inhabers des Talons zum Aussteller regeln. Unter einander kann der Inhaber des Talons den Vorzug vor dem Inhaber der Haupturkunde haben. Ist dies der Fall und beeinträchtigt der Inhaber der Haupturkunde durch seinen Widerspruch das bessere Recht des Inhabers des Talons, so haben sie diesen Streit unter sich auszutragen. Vgl. Dernburg II § 149 Anm. 10.

[1]) Vgl. ALR. §§ 47 ff. I 15, preuß. Ges. vom 16. Juni 1835, Eccius I § 64.

[2]) Der Grund dafür, daß der Vorschrift des Art. 176 EG. im Gegensatze zu S. I des EG. Art. 105 Abs. 2 rückwirkende Kraft beigelegt ist, ist der, daß insbesondere nach preußischem Rechte (vgl. § 48 I 15) der Vermerk der Außerkurssetzung keiner Datierung bedurfte, so daß häufig nicht zu erkennen wäre, ob die Außerkurssetzung vor oder nach dem 1. Januar 1900 erfolgt ist. Vgl. Prot. VI S. 506, 509.

[3]) Ueber die Umwandelung von Inhaberaktien in Namenaktien und umgekehrt vgl. § 183 HGB. — Die Vorschrift des § 806 Abs. 1 findet auch auf die vor dem 1. Januar 1900 ausgestellten Schuldverschreibungen auf den Inhaber Anwendung. (EG. Art. 174 Abs. 1). Dagegen ist bei diesen Schuldverschreibungen die Frage, ob der Aussteller zur Umschreibung verpflichtet ist, nach bisherigem Rechte zu entscheiden. (Vgl. jedoch Art. 18 § 10 des preuß. AG. zum BGB.).

er die Umwandelung in dem Papier allgemein zugesagt hat oder einer bestimmten Person gegenüber eine solche Verpflichtung eingegangen ist. Im letzteren Falle besteht seine Verpflichtung nur dieser Person gegenüber[4]).

Fünfunddreißigster Titel.

Vorlegung von Sachen.

§ 222. Vorlegung von Sachen zur Besichtigung[1]).

§ 809. Die Verpflichtung, eine Sache, die man in seinem Besitze hat, einem Anderen vorzuzeigen, kann auf einem zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnisse beruhen[2]). Aber auch wenn ein solches Rechtsverhältniß nicht besteht, gewährt das Gesetz unter gewissen Voraussetzungen das Recht, von dem Besitzer einer Sache deren Vorzeigung zu verlangen, um dem Berechtigten die Geltendmachung eines ihm hinsichtlich der Sache zustehenden Anspruchs zu ermöglichen oder zu erleichtern.

1. In der Regel muß der Berechtigte darthun, daß ihm in Ansehung der Sache ein Anspruch, sei es ein dinglicher oder ein persönlicher, zusteht[3]) und zwar gegen den Besitzer der Sache[4]). Es genügt jedoch zur Begründung des Vorlegungsrechts auch, daß der Berechtigte sich durch die Besichtigung der Sache erst Gewißheit verschaffen will, ob ihm in Ansehung der Sache ein Anspruch zustehe[5]).

---

[4]) Bei Schuldverschreibungen auf den Inhaber, welche von einem Bundesstaat oder einer diesem angehörenden öffentlich-rechtlichen juristischen Person ausgestellt sind, kann durch Landesgesetz die Verpflichtung des Ausstellers vorgeschrieben werden, die Umschreibung zu bewirken; das Landesgesetz kann ferner die Rechtsverhältnisse, die sich aus der Umschreibung ergeben, einschließlich der Kraftloserklärung regeln (Art. 101 EG.). Von diesem Vorbehalt ist in Preußen für die von einer preußischen öffentlich-rechtlichen juristischen Person ausgestellten Schuldverschreibungen auf den Inhaber Gebrauch gemacht (Art. 18 preuß. AG. zum BGB.). Insbesondere sind im § 9 Art. 18 auch das Aufgebot und die Kraftloserklärung der auf den Namen umgeschriebenen Urkunden für zulässig erklärt.

[1]) Vgl. Alphons Dierschke, die Vorlegung von Sachen zur Besichtigung. Jena. 1901.

[2]) Die Verpflichtung zur Vorzeigung einer Sache wird regelmäßig demjenigen obliegen, welcher einem Anderen zur Auskunftsertheilung (vgl. §§ 666, 675, 1374, 1891 u. a.) verpflichtet ist, da zu einer vollständigen Auskunft hinsichtlich einer Sache auch deren Vorzeigung zum Zwecke der Besichtigung gehört. — Vgl. ferner §§ 867, 869, 1005.

[3]) Der Anspruch muß dem Berechtigten in Ansehung der Sache selbst zustehen. Es erscheint daher irrig, wenn Neumann (Anm. 1 zu § 809) und Dierschke (S. 47) bei einem Schadensersatzanspruche gegen den Besitzer eines Thieres (aus § 833) oder eines Gebäudes (aus §§ 836 ff.) die Vorschrift des 809 zur Anwendung bringen wollen. Diese Schadensersatzansprüche stehen zwar mit der Sache in einem Zusammenhange, sie sind aber keine Ansprüche in Ansehung der Sache.

[4]) Es genügt nicht, daß Jemandem ein Anspruch in Ansehung einer Sache überhaupt zusteht, um auf Grund dieses Anspruchs die Vorzeigung von jedem Besitzer zu verlangen. A. hat dem B. eine Sache zur Aufbewahrung gegeben, die B. an C. veräußert hat. A. kann von C. die Vorzeigung der Sache nur verlangen, wenn er beweist, daß ihm auch gegen C. ein Anspruch in Ansehung der Sache zusteht, d. h. daß er von C. die Herausgabe der Sache verlangen könnte. Hierzu ist der Nachweis erforderlich, daß C. beim Erwerbe der Sache nicht in gutem Glauben war (§ 932). Da ihm ohne diesen Nachweis kein Anspruch in Ansehung der Sache gegen C. zusteht, kann er von C. nicht die Vorlegung verlangen. Gerade hierin liegt die wichtige Einschränkung des Vorlegungsrechts, welche nothwendig war, um einen zu weitgehenden Eingriff in die Rechte des Besitzers zu verhindern. Vgl. Dierschke § 10. — Ist Jemandem eine Sache gestohlen worden oder sonst abhanden gekommen (§ 935), so steht ihm, wenn die übrigen Voraussetzungen vorliegen, der Anspruch aus § 809 gegen jeden Besitzer zu.

[5]) Dieser Fall wird in der Praxis der häufigere sein. Denn wenn feststeht, daß dem

2. Fernere Voraussetzung ist, daß der Berechtigte beweist[6]), daß die Besichtigung der Sache für ihn wegen seines Anspruchs in Ansehung der Sache von Interesse ist[7]).

3. Das Recht, die Vorlegung zu verlangen, kann sowohl gegen den unmittelbaren wie gegen den mittelbaren Besitzer geltend gemacht werden, er richtet sich aber immer nur gegen denjenigen Besitzer der Sache, gegen den dem Berechtigten der Anspruch in Ansehung der Sache zusteht[8]).

4. Liegen diese Voraussetzungen vor, so ist der Besitzer verpflichtet, je nach der Beschaffenheit der Sache und nach den Umständen des einzelnen Falles[9])

Berechtigten ein Anspruch in Ansehung der Sache gegen den Besitzer zusteht, so wird es meist ohne Interesse für ihn sein, erst noch die Sache zu besichtigen. Er kann sofort seinen Anspruch selbst geltend machen. Dagegen ist das Vorlegungsrecht häufig von großer Bedeutung, um die Geltendmachung des Anspruchs selbst erst vorzubereiten. Der Kläger, der sein Verlangen auf diese Voraussezung stützt, muß beweisen, daß der Beklagte eine bestimmte Sache in seinem Besitze hat und daß ihm in Ansehung dieser Sache unter einer bestimmten Voraussetzung ein Anspruch zusteht. Ob diese Voraussetzung vorliegt, soll durch die Besichtigung festgestellt, die Möglichkeit des Anspruchs soll zur Gewißheit erhoben werden (vgl. Dierschke S. 66 ff.). A. hat in einem Restaurant seinen Schirm stehen lassen. Es wird ihm mitgetheilt, daß B. aus dem Ständer, in den er, A., seinen Schirm gestellt hat, einen Schirm herausgenommen hat. B. behauptet, dies sei sein eigener Schirm. Das Verlangen des A., daß B. ihm diesen Schirm zur Besichtigung vorlege, erscheint gerechtfertigt. Vgl. ferner das Beispiel in Anm. 8.

[6]) Eine bloße Glaubhaftmachung des Interesses genügt nicht. M. II S. 891, Prot. VI S. 195.

[7]) Es genügt nicht, daß der Berechtigte im Allgemeinen ein Interesse an der Besichtigung der Sache hat, vielmehr muß die Besichtigung für ihn „aus diesem Grunde", d. h. wegen seines Anspruchs in Ansehung der Sache, von Interesse sein. Der Vermiether hat gegen den Miether einen Anspruch in Ansehung der vermietheten Sache; es mag für ihn von Interesse sein, die vermiethete Sache ab und zu zu besichtigen. Dies genügt jedoch nicht, um sein Verlangen, daß der Miether ihm die Besichtigung gestatte, zu begründen. Er muß vielmehr für einen bestimmten Fall der Besichtigung ein besonderes Interesse nachweisen. Hat z. B. der Miether die Sache beschädigt, so wird das Verlangen des Vermiethers berechtigt sein, da er durch die Besichtigung sich die Gewißheit verschaffen will, ob und in welchem Umfange ihm ein Schadensersatzanspruch zusteht. Ein solcher Anspruch wegen Beschädigung einer Sache ist ein Anspruch in Ansehung der Sache.

[8]) Vgl. oben Anm. 4. Endemann (II § 197 Anm. 5) nimmt an, daß der mittelbare Besitzer nur ausnahmsweise hafte, und zwar dann, wenn der unmittelbare die Vorzeigung verweigert. Für diese gewissermaßen nur subsidiäre Haftung des mittelbaren Besitzers bietet die Vorschrift des Gesetzes keinen Anhalt. Die Sachlage ist eine andere. Unter dem Besitzer im Sinne des § 809 ist sowohl der unmittelbare wie der mittelbare zu verstehen. Gegen welchen von beiden der Vorlegungsanspruch zu richten ist, hängt davon ab, gegen wen der Anspruch in Ansehung der Sache besteht. Besteht er gegen beide, so hat der Berechtigte einen selbständigen Vorlegungsanspruch gegen jeden von beiden. — A., der dem B. ein Bild verkauft hat, behauptet, es nicht übergeben zu können, weil es ihm gestohlen worden sei. Dem B. wird mitgetheilt, daß A. das Bild dem C. zur Aufbewahrung gegeben hat, A. behauptet, dies sei ein anderes Bild. Man wird annehmen dürfen, daß A. ein Recht auf Besichtigung des Bildes hat, in Ansehung dessen ihm ein Anspruch, nämlich der Anspruch auf Uebergabe, zusteht. Aber von wem kann er die Vorlegung verlangen? Nicht von dem unmittelbaren Besitzer C., gegen den er keinen Anspruch hat, sondern nur von dem mittelbaren Besitzer A. — Der Fabrikant A. hat sich dem B. gegenüber verpflichtet, ein gewisses Fabrikat während eines bestimmten Zeitraums nur an B. zu liefern und hat sich für den Fall der Zuwiderhandlung einer Vertragsstrafe unterworfen. Es wird dem B. hinterbracht, daß A. an C. Waaren geliefert hat und daß sich unter diesen Waaren auch jenes Fabrikat befindet. B. hat gegen C. keinen Anspruch auf Besichtigung der Waare, da ihm in Ansehung der Sachen kein Anspruch gegen C. zusteht. Gegen A. kann ein solcher Anspruch nicht erhoben werden, da A. nicht Besitzer ist.

[9]) Es hat nicht etwa der Berechtigte die Wahl, ob er die Vorlegung zur Besichtigung oder die Gestattung der Besichtigung verlangen will. Ob das eine oder das andere zu

die Sache zur Besichtigung vorzulegen oder ihre Besichtigung zu gestatten [10]).

§ 811. Die Vorlegung erfolgt an demjenigen Orte, an welchem die Sache sich befindet [11]). Jede der Parteien kann aber aus einem wichtigen Grunde die Vorlegung an einem anderen Orte verlangen.

5. Die Vorlegung erfolgt auf Gefahr und Kosten dessen, der die Vorlegung verlangt. Der Besitzer kann verlangen, daß der andere Theil die Kosten vorschießt und wegen der Gefahr Sicherheit leistet; er kann, bis dies geschehen ist, die Vorlegung verweigern. [12])

6. Durch das auf Grund der gesetzlichen Voraussetzungen an den Besitzer gerichtete Verlangen auf Vorlegung der Sache zur Besichtigung oder auf Gestattung der Besichtigung wird zwischen den Parteien ein Schuldverhältniß begründet, für welches, insbesondere in Hinsicht der Nichterfüllung, des Verschuldens, des Verzugs die allgemeinen Vorschriften gelten [13]).

§ 223. Gestattung der Einsicht von Urkunden.

§ 810. 1. Die Vorschriften darüber, unter welchen Voraussetzungen Jemand berechtigt ist, von einer im Besitz eines Anderen befindlichen Urkunde Einsicht zu nehmen, fanden sich — abgesehen von den Fällen, in denen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes ein Anspruch auf Herausgabe oder Vorlegung der Urkunde bestand [1]) — in der Civilprozeßordnung (§§ 387, 394 CPO. a. F.). Die Einsichtnahme konnte auf Grund dieser Bestimmungen nur verlangt werden, wenn ein Rechtsstreit anhängig war und wenn innerhalb dieses Rechtsstreits die Vorlegung der Urkunde durch Beweisbeschluß angeordnet war [2]). Das BGB. hat die Verpflichtung zur Vorlegung einer gemeinschaftlichen Urkunde zu einer materiell-rechtlichen gestaltet. Hierdurch wird die Möglichkeit gegeben, von einer solchen Urkunde schon vor Beginn eines Prozesses und außerhalb eines solchen Einsicht zu nehmen; der Berechtigte kann sich dadurch vergewissern, ob er sich im Prozesse mit Erfolg auf diese Urkunde werde berufen können und ob es überhaupt für ihn rathsam sei, sich auf einen Prozeß einzulassen [3]).

---

geschehen hat, wird im wesentlichen von der Beschaffenheit der Sache abhängen. Bei unbeweglichen Sachen kann es sich naturgemäß nur um eine Gestattung der Besichtigung handeln.

[10]) Die Zwangsvollstreckung erfolgt nach §§ 887, 888 CPO.

[11]) Hiermit wird der Erfüllungsort für die durch § 809 begründete Verpflichtung bestimmt. In welcher Lokalität innerhalb dieses Ortes die Vorlegung zu erfolgen hat, bestimmt sich nach § 242 (vgl. Prot. II S. 777, 778). Für die Regel wird anzunehmen sein, daß der Berechtigte sich zum Besitzer begeben muß, um dort die Sache zu besichtigen, jedoch kommt auch in dieser Beziehung die Vorschrift des § 811 Abs. 1 Satz 2 zur analogen Anwendung.

[12]) Die Vorschrift des § 811 gilt nur für das durch die §§ 809, 810 begründete, gesetzliche Schuldverhältniß. Aus dem zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnisse können sich sowohl hinsichtlich des Ortes der Vorlegung als auch hinsichtlich der Gefahr und der Kosten andere Folgen ergeben.

[13]) Vgl. M. II S. 892, Neumann Anm. 2 zu § 809, Dierschke S. 77.

[1]) Vgl. unten Anm. 9.

[2]) Nach § 394 CPO. a. F. konnte der Dritte zur Vorlegung der Urkunde nur im Wege der Klage genöthigt werden. Wurde die Klage darauf gegründet, daß es sich um eine gemeinschaftliche Urkunde im Sinne des § 387 No. 2 CPO. a. F. handele, so war die Klage nur zulässig, wenn ein Beweisantritt in Gemäßheit des § 393 CPO. a. F. und ein Beweisbeschluß in Gemäßheit des § 396 CPO. a. F. vorhergegangen war. Vgl. Prot. II S. 772, Wilmowski-Levy Anm. 3 zu § 394 CPO.

[3]) A. hat mit B. als dem Bevollmächtigten des C. einen Vertrag geschlossen. C.

II. Die Gestattung der Einsicht einer Urkunde kann verlangt werden:

1. Wenn die Urkunde im Interesse des die Vorlegung Verlangenden errichtet ist. Erforderlich ist, daß bei der Errichtung der Urkunde die Absicht vorgelegen hat, die Urkunde im Interesse des Antragstellers zu errichten,[4]) unerheblich dagegen, ob dies in seinem alleinigen Interesse oder zugleich im Interesse des Besitzers der Urkunde oder eines Dritten geschehen ist;[5])

2. wenn in der Urkunde ein Rechtsgeschäft beurkundet ist, welches zwischen dem die Verlegung Verlangenden und irgend einer anderen Person, die nicht der Besitzer der Urkunde zu sein braucht, besteht;

3. wenn die Urkunde Verhandlungen über ein Rechtsgeschäft enthält, die zwischen dem Antragsteller und einem beliebigen Dritten oder zwischen einer dieser beiden Personen und dem gemeinschaftlichen Vermittler gepflogen worden sind.

III. Voraussetzung des Anspruchs ist ferner der Nachweis, daß der Antragsteller ein rechtliches Interesse daran hat, die Urkunde einzusehen. Das Interesse braucht kein vermögensrechtliches zu sein, kann sich vielmehr auf jedes beliebige Rechtsverhältniß gründen.

IV. Der Anspruch, welcher gegen den Besitzer der Urkunde, sowohl den unmittelbaren wie den mittelbaren, geht, ist darauf gerichtet, daß die Einsicht

---

will den Vertrag nicht gegen sich gelten lassen: er behauptet, daß auf Grund der in der Vollmachtsurkunde enthaltenen Beschränkung B. nicht befugt war, dieses Geschäft für ihn, C., vorzunehmen. B. dagegen, den A. als Vertreter ohne Vertretungsmacht in Anspruch nehmen will, stellt diese Behauptung des C. in Abrede; er behauptet, die Vollmacht enthalte eine solche Beschränkung nicht, weigert sich aber, die Urkunde dem A. vorzulegen. Nach den früheren Bestimmungen der CPO. war die Lage des A. eine sehr prekäre. Er konnte die Vorlegung der Urkunde nur in einem gegen C. als Vollmachtgeber angestellten Prozeß auf Grund des § 394 CPO. a. F., oder in einem gegen B. als Vertreter ohne Vertretungsmacht angestellten Prozeß auf Grund des § 387 CPO. a. F. verlangen. Ein Zwangsmittel gegen C., ihm die Urkunde außerhalb eines Prozesses vorzulegen, damit er sich schlüssig machen könne, wer von beiden ihm haftet, stand ihm nicht zur Seite. Jetzt kann er auf Grund des § 810 gegen C. klagen, daß er ihm die Vollmachtsurkunde zur Einsicht vorlege. — In den §§ 422, 429 CPO. ist jetzt hinsichtlich der Vorlegungspflicht sowohl des Prozeßgegners als des Dritten auf die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes verwiesen. Es sind hiermit sowohl die Vorschriften gemeint, welche das spezielle Rechtsverhältniß der Parteien betreffen, als die nach den §§ 809, 810 begründete allgemeine Vorlegungspflicht.

[4]) Vgl. Planck Anm. 3a zu § 810. — Auch das ist nicht erforderlich, daß schon bei der Errichtung der Urkunde der Antragsteller als der Interessent ins Auge gefaßt war; es kann sich aus späteren Ereignissen ergeben, daß die Urkunde im Interesse des Antragstellers errichtet ist. Ertheilt z. B. A. dem B. eine Vollmacht, so ist die Vollmachtsurkunde im Interesse desjenigen errichtet, mit welchem B. später ein Rechtsgeschäft eingeht. Vgl. Neumann Anm. 2a zu § 810.

[5]) Die Vorschrift des § 810 schließt sich an die des § 387 Nr. 2 CPO. a. F. an. Dennoch weicht sie in der Fassung wesentlich von letzterer Bestimmung ab. In dieser war die Editionspflicht davon abhängig gemacht, daß die Urkunde zwischen dem Beweisführer und dem Gegner oder dem Dritten eine gemeinschaftliche ist, und es waren einige Beispiele für den Begriff der Gemeinschaftlichkeit gegeben. Das BGB. vermeidet es, von einer gemeinschaftlichen Urkunde zu sprechen, führt vielmehr die einzelnen Fälle an, in denen die Editionspflicht besteht. Dies geschieht jedoch nicht etwa, um die Editionspflicht zu beschränken. Man befürchtete im Gegentheil, es könnte der Begriff der Gemeinschaftlichkeit zu eng aufgefaßt und die Editionspflicht aus diesem Grunde in Fällen verneint werden, in denen sie einem wesentlichen Bedürfnisse entspricht. Man zog es daher vor, im Gesetze die einzelnen Fälle zu normieren, ihnen aber eine möglichst weite Fassung zu geben, so daß sie eine geeignete Grundlage für eine extensive Interpretation bilden können. Vgl. Prot. II S. 773—775. — Die wichtigste Erweiterung dem früheren Rechte gegenüber besteht darin, daß es genügt, daß die Urkunde im alleinigen Interesse des Editionsuchers oder in seinem Interesse und im Interesse eines Dritten, der nicht Besitzer der Urkunde ist, errichtet ist.

der Urkunde gestattet wird.[6]) Hiernach steht dem Berechtigten grundsätzlich das Recht zur Einsicht der ganzen Urkunde zu;[7]) der Verpflichtete kann ihm die Einsicht von Theilen der Urkunde dann verweigern, wenn das Verlangen nach Kenntnißnahme von dem gesammten Inhalte der Urkunde gegen Treu und Glauben verstoßen würde.[8]) — Hinsichtlich des Ortes der Vorlegung sowie der Gefahr und der Kosten gelten die Vorschriften des § 811.

V. Neben der Vorschrift des § 810 kann das Verlangen auf Herausgabe oder Vorlegung einer Urkunde auf das besondere zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältniß gestützt werden.[9]). Ferner kommen neben dem § 810 die allgemeinen Vorschriften des § 809 und die besonderen Vorschriften, welche das Recht auf Einsicht von Urkunden gewähren[10]), zur Anwendung.

Sechsunddreißigster Titel.

Ungerechtfertigte Bereicherung.[1])

§ 224. Die Voraussetzungen des Anspruchs.

I. Ueber dem formellen Rechte steht die materielle Gerechtigkeit. In zahlreichen Fällen hat das Gesetz im Interesse der größeren Sicherheit des Verkehrs es für erforderlich erachtet, in wirksamer Weise den Uebergang aus dem Vermögen des Einen in das Vermögen eines Anderen sich vollziehen zu lassen, selbst wenn für diesen Vermögensübergang ein innerer ihn rechtfertigender Grund nicht vorhanden ist. Das ist vor allem der Fall bei den zahlreichen abstrakten Rechtsgeschäften. Diese Rechtsgeschäfte sind von dem Grunde, auf welchem sie beruhen, äußerlich losgelöst. Die gewollte Rechtsänderung tritt ein, auch wenn der Grund für diese Rechtsänderung gar nicht vorhanden oder ein ungültiger ist[2]). Um diese materiell ungerechtfertigte Vermögensverschiebung in ihrer ökonomischen Wirkung rückgängig zu machen, giebt das Gesetz demjenigen, welcher eine Verminderung seines Vermögens erlitten hat, einen persönlichen Anspruch auf Herausgabe der erlangten Bereicherung. Als ein anderer wichtiger Fall kommen die zahlreichen Vorschriften in Betracht, kraft deren derjenige, welcher von einem Nichtberechtigten erwirbt, trotzdem in seinem Erwerbe geschützt wird. Der Berechtigte hat einen Vermögensverlust erlitten, der nicht dadurch gut gemacht werden kann, daß der Erwerb selbst wieder rückgängig gemacht wird. Die Ausgleichung dieser innerlich ungerechtfertigten Vermögensverschiebung wird dadurch bewirkt, daß das Gesetz dem Berechtigten gegen den Nichtberechtigten den Anspruch auf Herausgabe dessen gewährt, was er durch die zum Nachtheile des Berechtigten vorgenommene Verfügung erlangt hat. (§ 816.) Neben diesen auf Grund formaler Gesetzesvorschriften eintretenden materiell ungerechtfertigten Vermögensverschiebungen

---

[6]) Die Zwangsvollstreckung erfolgt nach §§ 888, 890 CPO.

[7]) Und zwar des Originals; mit einer beglaubigten Abschrift braucht er sich nicht zu begnügen. Prot. II S. 778.

[8]) Vgl. Prot. II S. 778, Planck Anm. 4 zu § 810, Oertmann Anm. 3 zu § 810.

[9]) Vgl. §§ 402, 444, 952, 716.

[10]) Vgl. §§ 45—47, 102 HGB. — Einsicht von Urkunden bei Gericht: §§ 79, 1563, 1953, 1957, 2010, 2081, 2146, 2228, 2264, 2384.

[1]) Robert von Mayr, der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechtes. Leipzig 1903.

[2]) Vgl. oben § 25 unter II, 3 (S. 117) und § 32 unter 5 (S. 136).

kommen ferner solche in Betracht, die auf einem zwar äußerlich vorhandenen, aber der inneren Rechtfertigung entbehrenden Willen des einen Vermögensverlust Erleidenden beruhen, z. B. Bezahlung einer in Wirklichkeit nicht existierenden Schuld. Auch hier wird die Ausgleichung durch die Bereicherungsklage bewirkt. Für diesen Bereicherungsanspruch hat das Gesetz im § 812 einen allgemeinen, alle Einzelfälle umfassenden Rechtsgrundsatz[3]) dahingehend aufgestellt, daß, wer auf Kosten eines Anderen ohne rechtlichen Grund bereichert ist, dem Anderen diese Bereicherung herausgeben muß. Es ergiebt sich hieraus, daß der Bereicherungsanspruch stets drei Voraussetzungen hat: Es muß eine Bereicherung auf Seiten des in Anspruch Genommenen vorliegen, es muß diese Bereicherung auf Kosten des Andern erfolgt sein und es muß endlich die Vermögensverschiebung des rechtlichen Grundes entbehren.[4])

II. Bereicherung auf Seiten des Beklagten liegt vor, wenn er etwas erlangt[5]) hat. **§ 812.**

1. Den Gegenstand der Bereicherung kann jedes einen Vermögenswerth besitzende wirthschaftliche Gut[6]) bilden Es fällt hierunter nicht nur der Erwerb des Eigenthums einer Sache oder der Erwerb irgend eines Rechtes, sondern ebenso die Befreiung von einer Verbindlichkeit. Auch die durch Vertrag erfolgte Anerkennung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses bildet, wie das Gesetz zur Vermeidung von Zweifeln besonders bestimmt, eine Bereicherung, welche der Rückforderung unterliegen kann[7]). Ebenso kann der bloße Besitz den

---

[3]) Zur Entstehungsgeschichte und zur Systematik der §§ 812 ff. ist Folgendes zu bemerken: Der erste Entwurf ging davon aus, daß der Anspruch aus der ungerechtfertigten Bereicherung (die Kondiktionen) nicht etwa auf dem allgemeinen Billigkeitssatze beruhe, daß Niemand sich mit dem Schaden eines Anderen bereichern dürfe (vgl. ALR. I 13 § 262), daß die Kondiktionen vielmehr „persönliche Ansprüche auf Rückgängigmachung desjenigen an sich nach den maßgebenden Vorschriften eingetretenen Rechts- und Vermögenserwerbes sind, welcher eines Rechtsgrundes entbehrt." (M. II S. 829). Da nun der Mangel des Rechtsgrundes auf verschiedene rechtlich erhebliche Umstände zurückzuführen ist, wurden, wie im gemeinen Rechte, die verschiedenen Kondiktionen klassifiziert (condictio indebiti §§ 737—741, condictio causa data, causa non secuta §§ 742—744, condicto ob causam finitam §§ 745, 746, condictio ob turpem causam § 747) und zur Ergänzung für alle übrigen Fälle eine Klage aus „sonstigem grundlosen Haben" (§ 748), eine condictio sine causa, hinzugefügt. — In der zweiten Kommission dagegen wurde ein allgemeiner, die ganze Lehre beherrschender Grundsatz (§ 812) an die Spitze gestellt (Prot. II S. 684, 691) und dieses Prinzip sodann durch einige ergänzende, bald einschränkende, bald erweiternde, Vorschriften modifiziert. Dadurch hat die ganze Lehre von den Kondiktionen eine Einheitlichkeit und Klarheit erhalten, deren sie früher in hohem Grade ermangelte. Nach den Vorschriften des BGB. giebt es nur eine Kondiktion, und zwar den im § 812 aufgestellten Bereicherungsanspruch (condictio sine causa). Die verschiedenen Kondiktionen, die begrifflich unterschieden werden können (cond. indeb., ob causam finitam usw.), sind alle dem allgemeinen Prinzipe des § 812, als dessen Ausflüsse sie sich darstellen, subordiniert. Auch die in den §§ 816 und 817 behandelten Fälle sind Ausflüsse des im § 812 aufgestellten Prinzips. Vgl. Mayr S. 28, 32 ff., 41, Planck Vorbem. II vor § 812, Dernburg II § 574 unter V, abweichend Endemann I § 198. In zahlreichen Bestimmungen des BGB. ist auf die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung Bezug genommen. Es geschieht dies theils, um klarzustellen, daß der Thatbestand des § 812 vorliegt (vgl. §§ 323 Abs. 3, 516 Abs. 2, usw.), theils, um den Gegenstand des Herauszugebenden nach Maßgabe der Vorschriften der §§ 818 ff. zu fixieren (vgl. § 327). Vgl. Planck Vorbem. IV vor § 812.

[4]) Vgl. Mayr § 10, Planck Anm. 1 zu § 812.

[5]) Vgl. denselben Ausdruck in § 2018, ferner § 667.

[6]) Vgl. über diesen Begriff oben in der Lehre vom Kaufe § 128 unter I (S. 468, 469) und § 25 Anm. 1. Gegenstand der Kondiktion kann daher auch z. B. eine Erfindung sein, die nicht geschützt ist (vgl. oben § 128 Anm. 2, Mayr S. 123, 124).

[7]) Vergl. hierüber oben § 214 Anmerkung 19 und 20. — Daß unter

Gegenstand des Bereicherungsanspruchs bilden[8]). Ersparung von Ausgaben stellt eine Bereicherung dann dar, wenn der auf Herausgabe in Anspruch Genommene die Ausgabe, sei es in Folge einer rechtlichen Verpflichtung, sei es auf Grund thatsächlicher Verhältnisse, aus seinem eigenen Vermögen hätte machen müssen[9]).

2. Eine Bereicherung liegt aber erst vor, wenn der Verpflichtete den Gegenstand der Bereicherung wirklich erlangt hat, d. h. wenn der Gegenstand der Bereicherung rechtlich und thatsächlich ein Bestandtheil seines Vermögens geworden ist. Erwirbt z. B. jemand eine gestohlene Sache, so hat er das Eigenthum nicht erlangt, wohl aber den Besitz. Gegenstand des Bereicherungsanspruchs kann nicht die Sache selbst sein, sondern nur bei dem Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen der Besitz der Sache[10]).

III. Die Bereicherung muß auf Kosten des Anspruchsberechtigten erfolgt sein, wobei es gleichgültig ist, ob dies direkt durch eine von ihm bewirkte Leistung oder in sonstiger Weise geschehen ist.

1. Auf Kosten des Berechtigten ist die Bereicherung erfolgt, wenn dem Berechtigten durch sie ein vermögensrechtlicher Nachtheil irgend einer Art zugefügt worden ist, ohne daß es gerade erforderlich ist, daß dasjenige, was der Bereicherte erlangt hat, bereits ein Theil des Vermögens des Berechtigten geworden war[11]). Ferner muß zwischen der Bereicherung auf der einen Seite und dem Vermögensnachtheil auf der anderen Seite ein ursächlicher Zusammenhang bestehen. Ist der Vermögensnachtheil bereits durch ein anderes Ereigniß eingetreten, so ist ein Bereicherungsanspruch ausgeschlossen[12]).

2. Die Bereicherung kann auf dem Willen des Berechtigten beruhen, indem

---

das Anerkenntniß des Bestehens sowohl das Schuldversprechen (§ 780) wie das Schuldanerkenntniß (§ 781) fällt, erscheint unbedenklich. Vgl. oben § 214 Anm. 23 und Mayr S. 177, welcher mit Recht hervorhebt, daß auch andere abstrakte Schuldversprechen, z. B. die Annahme einer Anweisung (§ 784), gleich zu behandeln sind. Dies ist umso unbedenklicher, als nicht bezweifelt werden kann, daß der Anweisungsempfänger durch die Annahme der Anweisung „etwas“, nämlich den Anspruch gegen den Angewiesenen, erlangt hat.

[8]) Dies hatte E. I § 737 Abs. 3 besonders vorgeschrieben. („Die Rückforderung findet auch dann statt, wenn die Leistung nur in der Einräumung des Besitzes . . . bestanden hat.“) Vgl. M. II S. 830. Nach der Fassung des § 812 („etwas“) kann es nicht zweifelhaft sein, daß auch eine bloße einen Vermögenswerth repräsentierende Rechtsposition den Gegenstand einer Bereicherung bilden kann. Besonders eingehend ist der Besitzbereicherungsanspruch behandelt bei Mayr S. 128—176.

[9]) Mayr S. 126 ff., Planck Anm. 1a zu § 812.

[10]) Dies ist der Unterschied zwischen Vindikation und Kondiktion. Hat A. dem B. das Eigenthum einer Sache übertragen, so kann sie nur kondiziert werden, auch wenn das Kausalgeschäft nichtig ist. Ist das dingliche Leistungsgeschäft nichtig, so kann die Sache nur vindiziert werden, es sei denn, daß B. das Eigenthum auf andere Weise, z. B. durch Vermischung, Verarbeitung erworben hat. Vgl. auch unten Anm. 16.

[11]) Im § 748 E. I war verlangt, daß die Bereicherung aus dem Vermögen des Berechtigten erfolgt sei. Diese Fassung wurde von der zweiten Kommission als zu eng verworfen, indem insbesondere darauf hingewiesen wurde, daß, wenn Jemand eine ihm angefallene Erbschaft ausgeschlagen habe, diese niemals zu seinem Vermögen gehört habe. (Prot. II S. 684, 685.) Der Begriff der Bereicherung ist also ein viel weiterer als der der Schenkung (vgl. § 516: „aus seinem Vermögen“). Was keine Schenkung ist, weil es nicht aus dem Vermögen des Schenkers stammt, seinen gegenwärtigen Vermögensstand nicht nachtheilig beeinflußt (vgl. oben § 148 unter I, S. 528, 529), kann dennoch den Gegenstand einer ungerechtfertigten Bereicherung bilden. Vgl. Mayr S. 196.

[12]) A. derelinquiert eine Sache; hinterher thut ihm dies leid und er will die Sache wieder in seinen Besitz nehmen. Inzwischen hat aber bereits B. sich die Sache angeeignet. Es steht dem A. ein Bereicherungsanspruch gegen B. nicht zu. Vgl. Mayr S. 193.

[13]) Vgl. die ähnliche Fassung im § 856.

er selbst eine Leistung an den anderen Theil bewirkt, oder sie kann in irgend einer anderen Weise zu Stande kommen[13]): durch die Leistung Seitens eines Dritten[14]), durch eine Handlung des Bereicherten selbst[15]) oder durch einen rein thatsächlichen Vorgang, z. B. eine durch Naturereigniß herbeigeführte Verbindung oder Vermischung (§§ 946 ff.).

IV. Nicht die Bereicherung ist es, welche den Bereicherten zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet, vielmehr besteht eine solche Verpflichtung nur, wenn die Bereicherung sich als eine ungerechtfertigte darstellt, wenn sie ohne rechtlichen Grund erfolgt ist. Ob die Vermögensänderung auf einem rechtlichen Grunde beruht, kann nicht aus demjenigen Rechtsakt erkannt werden, welcher die Aenderung unmittelbar bewirkt hat[16]), sondern aus dem zwischen dem Verlierenden und Gewinnenden bestehenden obligatorischen Rechtsverhältnisse, welches zu der Vermögensverschiebung geführt hat[17]). Es ist zunächst denkbar, daß ein solches Verhältniß, welches die Vermögensverschiebung zu rechtfertigen im Stande wäre, zwischen den Parteien überhaupt nicht besteht. Dies kann besonders dann der Fall sein, wenn die Bereicherung nicht durch eine Leistung des Verlierenden, sondern „in sonstiger Weise" erfolgt ist, wenn z. B. Jemand gutgläubig eine fremde Sache gebraucht oder verbraucht hat[18]). Dem Fehlen des rechtlichen Grundes steht es gleich, wenn ein solcher zwar zu der Zeit der Vermögensverschiebung vorlag, später aber weggefallen ist, wie es z. B. der Fall ist, wenn die Vermögensänderung auf einem Rechtsgeschäfte beruht, welches

---

[14]) Erfolgt die Leistung durch einen Vertreter, so ist nicht er, sondern der Vertretene der Benachtheiligte, mag auch die Leistung in Wirklichkeit aus den Mitteln des Vertreters herrühren. Ebenso ist bei einer Leistung, die an einen Vertreter erfolgt, nicht dieser, sondern der Vertretene der Bereicherte.

[15]) Z. B. Gebrauch oder Verbrauch einer fremden Sache. Auch die rechtliche Verfügung über den Gegenstand eines Anderen fällt hierunter, woraus sich ergiebt, daß der § 816 nicht eine selbständige Kondiktion behandelt, sondern nur ein Anwendungsfall des § 812 ist.

[16]) Daß unter dem Mangel des rechtlichen Grundes nicht etwa der Fall zu verstehen ist, daß der Rechtsakt selbst, der den Vermögensübergang herbeiführen soll, den vom Gesetz aufgestellten Erfordernissen nicht entspricht, ist selbstverständlich. Gerade das Umgekehrte ist der Fall: formell, nach den Vorschriften des Gesetzes, muß sich in wirksamer Weise der Uebergang vollzogen haben, sonst ist eine Bereicherung überhaupt nicht eingetreten, also für eine condictio kein Raum. Wenn ein Geschäftsunfähiger an Jemanden eine Leistung bewirkt, so ist diese Leistung rechtsunwirksam, der Gegenstand der Leistung ist in das Vermögen des Anderen nicht übergegangen, der Andere hat diesen Gegenstand nicht „erlangt", er ist nicht bereichert. Ist der Gegenstand der Leistung eine körperliche Sache, deren Besitz er erlangt hat, so ist er um diesen Besitz bereichert und dieser kann nach den Grundsätzen des § 812 zurückgefordert werden. Die Sache selbst unterliegt der Vindikation. Hat der Andere die Sache verbraucht, veräußert u. s. w. oder hat er das Eigenthum durch Vermischung (z. B. bei Geld) oder durch Verarbeitung erlangt, so ist er durch diese Handlungen (nicht durch die Leistung des Geschäftsunfähigen, sondern „in sonstiger Weise") bereichert und es ist nunmehr die Klage aus § 812 gegeben.

[17]) Der die Vermögensverschiebung, die Bereicherung, rechtfertigende Grund kann auch eine gesetzliche Vorschrift sein. Wenn das Gesetz vorschreibt, daß ein Rechtsverlust eintreten soll, so ist eine Bereicherungsklage ausgeschlossen. Dies ist der Fall bei der Verjährung, der Ersitzung, dem Ausschlusse (vgl. z. B. § 927). In allen solchen Fällen besteht ein Bereicherungsanspruch nur, wenn das Gesetz ihn besonders gewährt, wie es in den §§ 951, 977 der Fall ist; dagegen z. B. nicht im Falle des § 964. Vgl. E. I § 748 Abs. 2, M. II S. 851, 852, Prot. II S. 686.

[18]) Sogen. condictio sine causa. Hierher gehören auch die Fälle der §§ 951, 977 (vgl. ferner Mayr S. 426, 427), ferner der Fall, daß bei einer Zwangsvollstreckung derjenige, welchem ein die Veräußerung hinderndes Recht an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung zusteht, es verabsäumt hat, sein Recht im Wege des § 771 CPO. geltend zu machen. Vgl. unten § 227 Anm. 3.

anfechtbar und angefochten ist[19]). Beruht die Bereicherung auf dem Willen des Verlierenden, ist sie insbesondere durch eine von ihm bewirkte Leistung herbeigeführt worden, so wird es ihr regelmäßig zunächst an einem rechtlichen Grunde nicht fehlen. Denn eine jede Leistung ist nicht Selbstzweck, sondern Mittel zum Zwecke. Die Leistung wird vorgenommen, um einen bestimmten Zweck zu erfüllen, um einen bestimmten Erfolg zu erreichen. Diese Zweckbestimmung bildet den rechtlichen Grund für die Leistung. Wird dieser Zweck nicht erfüllt, tritt der Erfolg, der mit der Leistung erreicht werden sollte, nicht ein, so entbehrt die Leistung des rechtlichen Grundes und unterliegt der Rückforderung[20]). Der Zweck, der mit der Leistung verfolgt wird, darf aber nicht auf einem bloßen inneren Vorgang in der Person des Leistenden beruhen. Ist dies der Fall, so handelt es sich nur um einen Bewegungsgrund, der für die Rechtfertigung der Leistung ohne Erheblichkeit ist. Der mit der Leistung bezweckte Erfolg muß, wie das Gesetz sagt, zu dem Inhalte des Rechtsgeschäfts gehören, es müssen beide Parteien darüber einig sein, daß der rechtliche Grund für die Leistung ein bestimmter, mit ihr bezweckter Erfolg ist, ohne daß es gerade nöthig ist, daß diese Uebereinstimmung der Parteien zu einem besonderen Ausdrucke gelangt ist, es genügt vielmehr auch eine stillschweigende Erklärung der Parteien[21]).

V. Der Bereicherungsanspruch ist ein selbständiger, vom Gesetze gewährter Anspruch, der immer dann geltend gemacht werden kann, wenn die im § 812 aufgestellten Voraussetzungen vorliegen, unabhängig davon, ob die Möglichkeit besteht, den erlittenen Vermögensverlust auf andere Weise wieder auszugleichen: Der Bereicherungsanspruch ist nicht subsidiär, sondern konkurriert mit anderen denselben Zweck verfolgenden Ansprüchen, mögen solche Ansprüche gegen den Bereicherten selbst oder gegen Dritte bestehen[22]).

---

[19]) Sogen. condictio ob causam finitam. Fernere Beispiele: Rücktritt von einem Vertrage (§ 346; in diesem Falle konkurriert der Bereicherungsanspruch aus § 812 mit dem Anspruch aus § 346, vgl. unten Anm. 22); Leistung auf Grund eines auflösend bedingten oder an einen Endtermin geknüpften Anspruchs, wenn die Bedingung oder der Termin eintritt; Entschädigung wegen einer abhanden gekommenen Sache, wenn der Beschädigte die Sache wieder erlangt und keinen Schaden erlitten hat (vgl. Planck Vorbem. V vor § 812, M. II S. 846, 847, Neumann Anm. B III, 2 zu § 812 (S. 521), Mayr S. 540 ff.)

[20]) Sog. condictio causa data causa non secuta, ob causam datorum, ob rem. — Bei einem gegenseitigen Vertrage findet diese Kondiktion in der Regel nicht statt, da derjenige Theil, der geleistet hat, beim Fehlen der Gegenleistung nur diese verlangen und nicht seine Leistung zurückfordern kann. Wird die Gegenleistung aber kasuell unmöglich (§ 323) oder wird der Vertrag wieder aufgehoben, so liegen hinsichtlich der bewirkten Leistung die Voraussetzungen des § 812 vor. (Vgl. M. II S. 842, Planck Anm. 1 f. zu § 812.) Dasselbe ist der Fall, wenn eine Leistung in Erwartung des Abschlusses eines Vertrags gemacht wird und der Vertrag demnächst nicht zu Stande kommt. Vgl. ferner Neumann Anm. B. III, 3 zu § 812 (S. 501, 502).

[21]) Vgl. M. II S. 842 ff., Prot. II S. 685 ff., Planck Vorbem. III vor § 812 und Anm. 1c zu 812, Mayr S. 420 ff., Oertmann Vorbem. 2e vor § 812, Dernburg II § 374 unter III und IV.

[22]) Vgl. RG. Bd. 48 S. 139 ff. Der Indossant eines Wechsels hatte diesen trotz unrichtigen Protestes eingelöst; er verlangt das Bezahlte von dem Nachmanne zurück, der ihm entgegensetzt, es stehe ihm die Wechselklage gegen den Acceptanten zu, der vollkommen zahlungsfähig sei. Dieser Einwand ist unbegründet. Natürlich muß der Kläger seinen Anspruch gegen den Acceptanten dem Beklagten übertragen. So können konkurrieren: der Bereicherungsanspruch mit dem Anspruch aus der unerlaubten Handlung (hat Jemand schuldhaft und rechtswidrig die Sache eines Anderen verbraucht, so kann dieser, wenn ihm auch der Anspruch aus § 823 zusteht, doch mindestens die Bereicherung mit der Klage aus § 812 verlangen), der Anspruch des Geschäftsführers aus § 683 mit dem aus § 684 (vgl.

§ 225. Leistung zum Zwecke der Erfüllung einer nicht bestehenden Verbindlichkeit.

Wer eine Leistung zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit bewirkt, die in Wirklichkeit nicht besteht, kann das Geleistete zurückfordern, da die durch die Leistung bewirkte Bereicherung des Empfängers des rechtlichen Grundes entbehrt[1]). (§ 812 Abs. 1 S. 1.)

1. Es muß zum Zwecke der Erfüllung einer vermeintlichen Verbindlichkeit eine Leistung bewirkt worden sein. Gleichgültig ist es, worin der Gegenstand der Leistung besteht[2]), ob dasjenige geleistet worden ist, was den eigentlichen Gegenstand der Verbindlichkeit, deren Tilgung beabsichtigt war, bildete, oder ob zum Zwecke der Erfüllung dieser Verbindlichkeit etwas Anderes geleistet worden ist[3]). Ebenso ist es für die Zulässigkeit der Klage nicht von Erheblichkeit, ob der vermeintliche Schuldner selbst oder ein Dritter für ihn, ob an den vermeintlichen Gläubiger oder an einen Anderen für ihn geleistet worden ist[4]).

Planck Vorbem. V vor § 812; a. M. Mayr S. 362, aber wenn der Geschäftsführer, indem er es dahingestellt sein läßt, ob die Voraussetzungen des § 683 vorliegen, nur die Bereicherung fordert, so ist dies in Wirklichkeit kein Anspruch aus der Geschäftsführung, sondern ein bloßer Bereicherungsanspruch). Vgl. Planck Vorbem. V vor § 812, Endemann § 198 unter 2 c, A. M. Mayr S. 356 ff.

[1]) Ob die condictio indebiti auf § 812 Abs. 1 Satz 1 („ohne rechtlichen Grund") beruht (so Dernburg II § 375 unter 1, Mayr S. 445, Neumann Anm. B III, 1 zu § 812) oder auf Satz 2, d. h. darauf, daß der mit der Leistung bezweckte Erfolg, nämlich die Tilgung der Verbindlichkeit, nicht eintritt (so Oertmann Vorbem. 2 e α vor § 812), ist nicht ohne praktisches Interesse. Denn wäre letzteres der Fall, so könnte dies zu der Annahme verleiten, der Erfolg, nämlich die Tilgung der Verbindlichkeit, müsse nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts bezweckt sein, es sei also erforderlich, daß auch dem Empfänger dieser Zweck bewußt war. Vgl. unten Anm. 6. Aus den Bestimmungen des Gesetzes, insbesondere aus § 815, ergiebt sich, daß unter dem mit einer Leistung bezweckten Erfolg ein in der Zukunft liegender Erfolg gemeint ist, dessen Nichteintritt sich später herausstellt. (M. II S. 843 Prot. II S. 692, Planck Anm. 1 c zu § 812.) Unterläge die Leistung einer Nichtschuld der Rückforderung aus dem Grunde des Nichteintritts des mit der Leistung bezweckten Erfolges, so wäre die Vorschrift des § 814 in ihrem ersten Theile überflüssig, denn sie wäre durch die allgemeinere Vorschrift des § 815 gedeckt. Die condictio indebiti ist somit aus § 812 Abs. 1 Satz 1 herzuleiten.

[2]) Hingabe von Geld oder anderen Sachen, Ueberlassung des Gebrauchs einer Sache, Leistung von Diensten, Befreiung von einer Verbindlichkeit, Anerkennung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses (§ 812 Abs. 2). Vgl. Dernburg II § 375 unter II 1, Neumann Anm. III 1 zu § 814.

[3]) Erfolgte die Leistung durch Aufrechnung, so ist diese in Ermangelung einer Forderung, gegen welche aufgerechnet werden könnte, unwirksam. Die Forderung, welche aufgerechnet worden ist, besteht weiter, eine Vermögensänderung ist überhaupt nicht eingetreten. Vgl. oben § 112 unter 3 (S. 426). — Darüber, daß derjenige, welcher in Unkenntniß seiner Aufrechnungsbefugniß zahlt, nicht nachträglich aufrechnen und das Gezahlte zurückfordern kann, s. oben § 113 Anm. 13. A. M. Mayr S. 459 ff.

[4]) Hat der Leistende als Vertreter des vermeintlichen Schuldners, der Empfänger als Vertreter des vermeintlichen Gläubigers gehandelt, so steht die Klage dem vermeintlichen Schuldner zu und ist der vermeintliche Gläubiger verpflichtet. Leistender und Empfänger war in Wirklichkeit nicht ein Dritter. — Hat ein Dritter in Gemäßheit des § 267 die Leistung bewirkt, so ist er, nicht der vermeintliche Schuldner zur Rückforderung berechtigt. Z. B. dem Vater des A. wird mitgetheilt, daß A. sich von B. ein Darlehen habe geben lassen. Ohne zu wissen, daß A. bereits selbst das Darlehen zurückgezahlt hat, schickt er dem B. das Geld, „das mein Sohn von Ihnen entliehen hat". Die condictio indebiti steht nicht dem A., sondern seinem Vater zu, denn B. ist nicht auf Kosten des A., sondern des Vaters bereichert. (Vgl. Oertmann Anm. 2 b zu § 813.) Dies muß auch gelten, wenn dem Dritten ein Regreßanspruch gegen den vermeintlichen Schuldner zusteht (z. B. A. hat seinen Vater ersucht, den B. zu befriedigen, inzwischen hat er aber, von B. gedrängt, selbst Zahlung geleistet). In diesem Falle würde die actio mandati contraria

2. Die Leistung muß bewirkt worden sein zum Zwecke der Befreiung von einer vermeintlichen Verbindlichkeit. Hierzu genügt es, daß auf Seiten des Leistenden die Absicht vorlag, sich von einer bestimmten Verbindlichkeit zu befreien [5]). Diese Absicht muß allerdings erkennbar hervorgetreten sein, ohne daß es jedoch erforderlich ist, daß sie gerade dem Empfänger bekannt geworden ist [6]).

3. Die Verbindlichkeit, deren Erfüllung bezweckt worden ist, muß der rechtlichen Existenz entbehren. Gleichgültig ist, ob die Verbindlichkeit nie zur Entstehung gelangt ist [7]) oder ob sie zwar entstanden, hinterher aber wieder weggefallen ist, und zwar muß die Nichtschuld vorliegen im Verhältnisse des Leistenden zum Empfänger. Bezahlt Jemand die Schuld eines Anderen in der Meinung, er sei der Schuldner, so ist er zur Rückforderung berechtigt, da er eine Nichtschuld bezahlt hat; leistet er dagegen für den Schuldner, wenn auch in der irrigen Meinung, er sei hierzu verpflichtet, so ist die Rückforderung ausgeschlossen, da die Verbindlichkeit, die er erfüllt hat, zu Recht bestand. [8]) Wird die Leistung zur Erfüllung einer bestehenden Verbindlichkeit an einen Anderen als den wirklichen Gläubiger bewirkt, so ist der Empfänger zur Rückgewähr verpflichtet, es sei denn, daß der Leistende durch die Leistung befreit wird. [9]) Wird eine aufschiebend bedingte Verbindlichkeit vor Eintritt der Bedingung erfüllt, so ist eine Nichtschuld erfüllt worden, während bei der vorzeitigen Erfüllung einer betagten Verbindlichkeit die Rückforderung ausgeschlossen ist [10]). Der Nichtexistenz des Anspruchs ist der Fall gleichgestellt, daß dem Anspruch eine peremtorische Einrede entgegenstand [11]).

§ 813 Abs. 2.
§ 813 Abs. 1.

---

des Vaters gegen A. mit dem Bereicherungsanspruche gegen B. konkurrieren. Hierauf könnte aber B. sich nicht berufen. Zum Theil abweichend Mayr S. 219 ff.

[5]) Die Angabe, zu welchem Zwecke die Leistung erfolgt ist, gehört zur Begründung der Klage. Der Kläger kann sich nicht darauf beschränken, zu behaupten, daß er dem Beklagten eine Leistung gemacht habe und daß er diese nicht schulde, sondern er muß darthun, welchen Zweck er mit dieser Leistung verfolgt hat. RG. Bd. 49 S. 49 ff.

[6]) Vgl. Dernburg II § 373 Anm. 3, Planck Anm. 2a zu § 813, Mayr S. 445. A., ein Angestellter der Firma X. & Co., ist dem B. 100 Mark schuldig; auf dessen wiederholtes Drängen erklärt er ihm, das Geld werde ihm von der Firma X. & Co. zugehen. A. sagt sodann dem Kassierer der Firma X. & Co., B. habe dem Geschäfte Waare geliefert und dafür 100 Mark zu fordern, er solle ihm das Geld zusenden. Der Kassierer schickt hierauf Namens der Firma X. & Co. an B. 100 Mark durch die Post. Die Firma X. & Co. kann das Geld von B. zurückfordern, denn es ist von ihr zum Zwecke der Tilgung einer vermeintlichen Verbindlichkeit geleistet. Daß der Firma X. & Co. daneben der Anspruch gegen A. aus der unerlaubten Handlung zusteht, ist unerheblich.

[7]) Hinsichtlich der wegen Formmangels nichtigen Rechtsgeschäfte ist Folgendes zu erwähnen: In einigen Fällen (§§ 313, 518 Abs. 2, 766 Satz 2, vgl. oben § 41 unter IV S. 167) wird der Formmangel durch Erfüllung geheilt. Abgesehen hiervon unterliegt die auf Grund eines solchen Vertrags bewirkte Leistung der Rückforderung, es sei denn, daß der Leistende die Nichtigkeit gekannt hat (vgl. auch Anm. 13). Selbstverständlich ist, daß, wenn auch aus diesem Grunde die Rückforderung dessen, was geleistet worden ist, nicht stattfindet, damit dennoch der Mangel der Form nicht geheilt ist, vielmehr im Uebrigen die Nichtigkeit bestehen bleibt. So würde z. B. derjenige, der aus einem nichtigen gegenseitigen Vertrag in Kenntniß der Nichtigkeit geleistet hat, weder das Geleistete zurückfordern noch Gegenleistung beanspruchen können. Vgl. Mayr S. 517.

[8]) Im letzteren Falle steht ihm der Bereicherungsanspruch gegen den Schuldner zu, denn dieser hat auf Kosten des Leistenden etwas, nämlich die Befreiung von der Schuld erlangt, zwar nicht durch die Leistung des Zahlenden, aber „auf sonstige Weise", nämlich auf Grund der Vorschrift des § 267.

[9]) Vgl. § 816 (unten § 227).

[10]) Darüber, daß der Leistende auch nicht die Erstattung von Zwischenzinsen verlangen kann, vgl. oben § 81 unter 3 (S. 313). Vgl. ferner über die Leistung durch einen Geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten oben § 104 unter 2 (S. 406).

[11]) Mit Ausnahme der Einrede der Verjährung, vgl. oben § 66 unter 3a (S.

§ 814.

4. Die Rückforderung dessen, was zum Zwecke der Erfüllung einer Nichtschuld geleistet worden ist, ist nur zulässig, wenn der Leistende nicht gewußt hat, daß er nichts schulde, wenn er sich somit über das Bestehen der Verbindlichkeit im Irrthume befunden hat. Jedoch ist der Irrthum nicht positive Voraussetzung des Anspruchs, vielmehr ist es Sache des Bereicherten, zu beweisen, daß der Leistende gewußt hat, daß er zur Leistung nicht verpflichtet ist,[12]) sei es, weil die Verbindlichkeit nicht bestand, sei es, weil dem Anspruch eine peremtorische Einrede entgegenstand.

5. In verschiedenen Fällen, in denen eine Rechtspflicht zur Leistung nicht besteht, läßt das Gesetz die Rückforderung dessen, was trotzdem geleistet worden ist, nicht zu, so insbesondere beim Ehemäklerlohn (§ 656) und bei Spiel und Wette (§ 762). Darüber hinaus ist die Rückforderung in denjenigen Fällen ausgeschlossen, in denen zwar eine rechtliche Verpflichtung zur Leistung nicht bestand, der Leistende aber durch die Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer Anstandspflicht entsprochen hat[13]).

---

273). In Betracht kämen z. B. §§ 478 (der Käufer hat rechtzeitig den Mangel angezeigt und Wandelung verlangt, dann irriger Weise den Kaufpreis bezahlt), 519, 821, 853, 1166, 1973, 1990, 1992 (der Erbe hat trotz der Beschränkung der Haftung den Nachlaßgläubiger über seine Verpflichtung hinaus befriedigt), 2083, 2145 Abs. 2, 2187, 2318, 2328. Vgl. Mayr S. 481 Anm. 4. — Nicht in Betracht kommen bloß dilatorische Einreden (§ 202 Abs. 2), z. B. §§ 320 (die Einrede des nichterfüllten Vertrags), 273, 274 (Leistung trotz des Zurückbehaltungsrechts), 770, 771 (der Bürge hat trotz der Einrede der Vorausklage geleistet), 2014, 2015. Vgl. Mayr S. 481 Anm. 6.

[12]) Die Fragen, ob auch ein Rechtsirrthum die Kondiktion begründe und ob der Irrthum ein entschuldbarer sein müsse, haben hiermit für das BGB. ihre Bedeutung verloren. Vgl. M. II S. 833, 834, Mayr S. 518 ff., Planck Anm. 2d zu § 813. Nur positive Kenntniß schließt die Rückforderung aus, das Kennenmüssen ist unerheblich, mag es selbst auf grober Fahrlässigkeit beruhen, ebenso wie bloße Zweifel der Klage nicht entgegenstehen. Ist die Leistung unter Vorbehalt geschehen, so ist damit schon genügend zum Ausdrucke gebracht, daß man das Bestehen des Anspruchs nicht anerkenne, daß man zum mindesten nicht davon überzeugt sei, daß der Anspruch besteht, daß man sein Bestehen bezweifle. Vgl. Mayr S. 523, Dernburg II § 376 unter II, Oertmann Anm. 3 zu § 814.

[13]) Vgl. M. II S. 832, 833, Prot. II S. 695, 696, Mayr S. 486 ff. Diese Vorschrift wird, da die Ansichten darüber, was die Sittlichkeit und insbesondere was der Anstand erfordert, oft sehr auseinandergehen, zu vielen Zweifeln Veranlassung geben. Die Entscheidung kann nur in jedem einzelnen Falle aus der Gesammtheit des Thatbestandes und den individuellen Beziehungen der Parteien gefunden werden. Die Absicht des Gesetzes ging dahin, zu verhindern, daß das sittliche Bewußtsein des Volkes verletzt werde. „Sei von dem Leistenden selbst ein der Sittlichkeit entsprechender Zustand hergestellt, so gehe es nicht an, diesen mit rechtlichen Mitteln wieder rückgängig zu machen. Insoweit müsse das Recht mit der Moral in Einklang gebracht werden.“ (Prot. II S. 695). So wird man die Rückforderung nicht zulassen, wenn Jemand in der irrigen Meinung, dazu verpflichtet zu sein, bedürftige Geschwister unterstützt, ein Mädchen, das er zur Gestattung der außerehelichen Beiwohnung bestimmt hat, entschädigt hat, auch wenn die Voraussetzungen des § 825 nicht vorlagen (Mayr S. 487), einem Angestellten in der Meinung, es sei verabredet, eine Weihnachtsgratifikation gewährt hat (Dernburg II § 375 unter II 4.) Keine Anstandspflicht ist es für den Indossanten eines Wechsels, diesen einzulösen, wenn der Protest unrichtig erhoben ist (RG. Bd. 48 S. 143), oder eine Verbindlichkeit zu erfüllen, welche wegen Formmangels unwirksam ist, (M. II S. 833, Prot. II S. 696) oder Zinsen zu zahlen, die nicht geschuldet werden (M. II S. 833). Bestritten ist die Frage, ob der Gemeinschuldner, der an einen Gläubiger irrthümlicher Weise mehr gezahlt hat, als er nach dem abgeschlossenen Zwangsvergleiche zu zahlen hatte, zur Rückforderung berechtigt ist. Bejaht wird die Frage von Planck Anm. 2d zu § 813, M. II S. 833, verneint dagegen von Oertmann Anm. 4 zu § 814. Man wird sich der letzteren Meinung anschließen müssen, da es mindestens als eine Anstandspflicht angesehen werden muß, seine Gläubiger selbst nach einem Zwangsvergleiche voll zu befriedigen, sobald man dazu in der Lage ist. Vgl. RG. Bd. 6 S. 227 ff., 42 S. 118 ff. 35 S. 216 ff.

§ 226. Nichteintritt des bezweckten Erfolges.

Wird mit einer Leistung nach ihrem Inhalt ein bestimmter Erfolg bezweckt, so kann der Leistende, wenn dieser Erfolg nicht eintritt, das Geleistete zurückfordern.

1. Der mit der Leistung bezweckte Erfolg stellt den Grund dar, welcher die durch die Leistung bewirkte Bereicherung als eine gerechtfertigte erscheinen läßt. Unter dem bezweckten Erfolg ist somit nicht das wirthschaftliche Resultat gemeint, welches mit der Leistung erreicht werden soll, vielmehr das in der Zukunft liegende Verhältniß der Parteien, welches, wenn es bereits zur Zeit der Leistung vorläge, diese als eine gerechtfertigte, somit der Rückforderung nicht unterliegende, darstellen würde [1]). Tritt der Erfolg ein, so beruht die Leistung auf einem rechtlichen Grunde, tritt der Erfolg nicht ein, so entbehrt die Leistung eines rechtlichen Grundes und ist der Rückforderung unterworfen [2]). Der Rückfordernde muß daher nicht nur beweisen, welcher Erfolg mit der Leistung bezweckt worden ist, sondern auch, daß dieser Erfolg nicht eingetreten ist [3]). Solange es nicht entschieden ist, ob der Erfolg eintreten werde oder nicht, ist die Rückforderung ausgeschlossen.

§ 815. 2. Aus welchem Grunde der Erfolg nicht eintritt, ist grundsätzlich gleichgültig. Auch wenn der Eintritt des Erfolges unmöglich war, sei es, daß diese Unmöglichkeit bereits zur Zeit der Leistung vorlag, sei es, daß sie erst später eingetreten ist, findet die Rückforderung statt, mit Ausnahme jedoch des Falles, daß die von Anfang an vorliegende thatsächliche oder rechtliche Unmöglichkeit dem Leistenden bekannt war [4]). Ebenso ist es an sich einflußlos, ob der Nichteintritt des Erfolges auf einem Umstande beruht, den die eine oder die andere Partei zu vertreten hat. Nur dann ist die Rückforderung ausgeschlossen, wenn der Leistende den Eintritt des Erfolges wider Treu und Glauben verhindert hat [5]) [6]).

---

[1]) Es ergiebt sich hieraus, daß auch diese Kondiktion keine selbständige, sondern schon in dem allgemeinen Grundsatze des § 812 Abs. 1 Satz 1 enthalten ist. Dies ist von der zweiten Kommission nicht verkannt worden (vgl. Prot II S. 691, 692). Der jetzige § 812 Abs. 1 Satz 2 ist auch von der zweiten Kommission ursprünglich in der Fassung angenommen worden, daß vor „auch" das Wort „insbesondere" stand.

[2]) Vgl. Mayr S. 529. — Diese Kondiktion greift insbesondere in den Fällen Platz, in denen eine Leistung in der beiderseitigen Erwartung gemacht worden ist, es werde für den Leistenden eine Verpflichtung zu dieser Leistung entstehen (Vorschußleistung auf Miethzins, auf Dienstlohn, auf Provision, auf Zinsen usw.).

[3]) Der Nichteintrit des Erfolges bildet die eigentliche Grundlage der Klage, er deckt sich mit dem Mangel des rechtlichen Grundes im § 812 Abs. 1 S. 1. Daß Kläger den letzteren zu beweisen hat, ist nicht zweifelhaft; es muß ebenso angenommen werden, daß Kläger den Nichteintritt des Erfolges beweisen muß. Auch die Fassung des Gesetzes („wenn . . . der . . . Erfolg nicht eintritt") stellt dies klar. Ebenso Planck Anm. 1d zu § 812 und Anm. 1 zu § 816, Cosack I § 168 unter I, 4, Mayr S. 698 ff., Marcus in „Das Recht" 1902 S. 543. A. M. Dernburg II § 377 unter III, Oertmann Vorbem. 4 vor § 812 und RG. Bd. 14 S. 223 ff. für das gemeine Recht.

[4]) Z. B. Hingabe einer Aussteuer für eine Ehe, von welcher der Leistende weiß, daß sie wegen eines gesetzlichen Verbots nicht eingegangen werden kann. Prot. II S. 701. Die Vorschrift korrespondiert mit der des § 814. Konnte die Unmöglichkeit in Wegfall kommen und ist die Leistung mit Rücksicht auf diesen Umstand erfolgt, so ist die Rückforderung zulässig (M. II S. 844, Mayr S. 537, Oertmann Anm. 1 zu § 815, Planck Anm. 1 zu § 815).

[5]) Vgl. § 162 (oben § 47 unter 6 S. 195). Die Absicht der Verhinderung wird vom Gesetze nicht verlangt, es genügt, wenn der Leistende sich bewußt sein mußte, er werde durch sein gegen Treu und Glauben verstoßendes Verhalten den Eintritt des Erfolges hindern. Mayr S. 534.

[6]) Die Vorschrift des § 815 ist auf die condictio ob causam finitam analog anzu-

§ 227. Verfügung durch einen Nichtberechtigten.

1. Auch für das BGB. gilt grundsätzlich der Rechtssatz, daß Niemand mehr Rechte übertragen kann als ihm selbst zustehen. Die Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, kann in Folge dessen dem Berechtigten gegenüber nicht wirksam sein. Im Interesse der Sicherheit des Verkehrs hat jedoch das Gesetz zahlreiche Ausnahmen von diesem Grundsatze zugelassen, indem es auch denjenigen, welcher sein Recht von einem Nichtberechtigten herleitet, in seinem Rechte gegen Angriffe des Berechtigten schützt. Dies ist vor allem beim Erwerb auf Grund des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs (§§ 892, 893) sowie beim gutgläubigen Erwerbe beweglicher Sachen und von Rechten an beweglichen Sachen (§§ 932 ff., 1032, 1207)[1]) der Fall. Hierher gehören auch die Fälle, in denen die von einem Schuldner an einen Nichtberechtigten bewirkte Leistung nach besonderen Bestimmungen des Gesetzes die Wirkung hat, daß der Berechtigte die Leistung gegen sich gelten lassen muß, wie es insbesondere dann der Fall ist, wenn nach Abtretung einer Forderung der Schuldner, der von der Abtretung keine Kenntniß hatte, an den bisherigen Gläubiger geleistet hat (§ 407)[2]). Der Rechtsverlust, welchen der Berechtigte in allen diesen Fällen auf Grund gesetzlicher Vorschriften erleidet, entbehrt jedoch des rechtlichen Grundes[3]). Zur Ausgleichung giebt daher das Gesetz dem Berechtigten einen Bereicherungsanspruch. Derjenige, welcher unberechtigter Weise die Verfügung vorgenommen oder die Leistung in Empfang genommen hat, ist zur Herausgabe dessen verpflichtet, was er durch die Verfügung erlangt hat oder was an ihn geleistet worden ist. § 816.

2. Die Vorschriften, welche zu Gunsten derjenigen gegeben sind, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, kommen auch dann zur Anwendung wenn der Erwerb unentgeltlich erfolgt ist; denn da das dingliche Rechtsgeschäft, welches den Erwerb bewirkt, von dem zu Grunde liegenden Kausalgeschäft unabhängig ist, so kann es nicht darauf ankommen, ob dieses Kausalgeschäft ein entgeltliches, z. B. Kauf, oder ein unentgeltliches, z. B. Schenkung, ist[4]). Wenn so-

---

wenden, denn es kommt in der Vorschrift ein allgemeiner Gedanke zum Ausdrucke. Die Rückforderung wegen späteren Wegfalls des rechtlichen Grundes ist somit ausgeschlossen, wenn der Leistende den Wegfall wider Treu und Glauben herbeigeführt hat. Vgl. M. II S. 847, Mayr S. 539.

[1]) Vgl. ferner: §§ 399, 405, 797, 956, 957, 1155, 1244, 1507, 2306, 2366, 2370; § 366, 367 HGB.; Art. 36 WO.; § 7 KO. Vgl. Neumann Anm. 2 zu § 816, Planck Anm. 1 zu § 816.

[2]) Vgl. ferner: §§ 574, 576, 577, 851, 893. Vgl. Neumann Anm. 3 zu § 816, Planck Anm. 2 zu § 816.

[3]) Auch die Kondiktion des § 816 ist ein Bereicherungsanspruch im Sinne des § 812 Abs. 1 S. 1. Die besondere Vorschrift ist nur „zur Klarstellung des Verhältnisses" gegeben, um die Anwendbarkeit des § 812 Abs. 1 Satz 1 zu sichern. M. III S. 224, Mayr S. 306 ff., 320 ff., Neumann II Anm. 2 zu § 816. Es kann daher die Frage dahingestellt bleiben, ob der Bereicherungsanspruch, welcher demjenigen, dessen Sachen in der gegen einen Anderen vorgenommenen Zwangsvollstreckung gepfändet und versteigert worden sind, gegen den Gläubiger auf Herausgabe des Erlöses zusteht, auf § 816 oder auf § 812 Abs. 1 Satz 1 zu stützen ist. Daß ihm ein solcher Anspruch zusteht, wird jetzt allgemein anerkannt (vgl. oben § 224 Anm. 18, Planck Anm. 1a zu § 816, Neumann Anm. II, 1 und IV zu § 816, Oertmann Anm. 1a zu § 816, Dernburg II § 378 Anm. 2, Endemann I, § 198 Anm. 41).

[4]) Das preußische Recht hatte im Gegensatze zum BGB. in denjenigen Fällen, in denen es den gutgläubigen Erwerb schützte, diesen Schutz doch nur dem entgeltlichen Erwerber gewährt. Unentgeltlicher Erwerb eines fremden Gegenstandes stand dem unredlichen gleich (vgl. ALR. § 46 I, 15, preuß. GBO. vom 5. Mai 1872 §§ 9, 38 Abs. 2). Das BGB. hat die Unterscheidung zwischen entgeltlichem und unentgeltlichem Erwerbe fallen

mit auch die Verfügung selbst aufrecht erhalten wird, so erscheint doch derjenige, welchem gegenüber der Nichtberechtigte unentgeltlich eine Verfügung vorgenommen hat, die den Berechtigten bindet, auf Kosten des letzteren bereichert. Er ist ihm daher zur Herausgabe dessen, was er durch die unentgeltliche Verfügung erlangt hat, verpflichtet [5]).

3. Die Ansprüche, welche dem Berechtigten gegen den Verfügenden aus dem besonderen zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisse oder aus anderen Rechtsgründen zustehen, bleiben neben dem Bereicherungsanspruche bestehen [6]).

§ 228. Verwerflicher Empfang.

§ 817.

Beruht die Leistung auf einem Grunde, den das Gesetz mißbilligt, so entbehrt sie des rechtlichen Grundes und unterliegt der Rückforderung [1]).

1. Die Rückforderung findet statt, wenn der Empfänger durch die Annahme der Leistung sich eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot [2]) oder die guten Sitten [3]) schuldig gemacht hat. Daß ein solcher Verstoß vorliegt, muß aus dem Zwecke der Leistung sich ergeben. Es ist hiernach erforderlich, daß der verwerfliche Zweck der Leistung dem Empfänger bei der Annahme der Leistung bekannt oder wenigstens erkennbar gewesen ist [4]), gleichgültig jedoch, ob dieser Zweck in der Vergangenheit oder in der Zukunft liegt.

---

lassen (M. III S. 211, 212). Der erste Entwurf versagte auch den Bereicherungsanspruch gegen den unentgeltlichen Erwerber (E. I, § 839, M. III S. 225). Die Vorschrift des § 816 Abs. 1 S. 2 ist erst von der zweiten Kommission aufgenommen worden (Prot. VI S. 199, 200).

[5]) Ist die Verfügung zum Theil unentgeltlich erfolgt (negotium mixtum cum donatione, vgl. oben § 148 unter I 4, S. 530), so haftet der Verfügende auf das, was er durch die Verfügung, und neben ihm der Dritte auf das, was er durch die unentgeltliche Zuwendung erlangt hat. Vgl. Mayr S. 326.

[6]) Vor allem ist das Verhältniß des § 816 zum § 687 zu beachten. Wer im Sinne des § 816 über den Gegenstand eines Anderen eine Verfügung trifft oder die einem Anderen zustehende Leistung annimmt, besorgt ein fremdes Geschäft als sein eigenes. Thut er es gutgläubig, so verbleibt es in der Regel bei dem Bereicherungsanspruche des § 816 (vgl. oben § 188 Anm. 5); thut er es wissentlich, so kommt neben dem § 816 der § 687 Abs. 2 zur Anwendung, der dem Berechtigten viel weiter gehende Ansprüche giebt (vgl. oben § 188 Anm. 7). Weitergehende Ansprüche können dem Berechtigten ferner zustehen aus der unerlaubten Handlung und aus einem Vertragsverhältniß (Auftrag, Miethe, Verwahrung u. s. w.).

[1]) Auch die Kondiktion des § 817 (condictio ob injustam vel turpem causam) ist ein Anwendungsfall des § 812 Abs. 1 S. 1. Vgl. Planck Anm. 1 zu § 817, Mayr S. 551 ff.

[2]) Vgl. hierüber oben § 43 unter I (S. 174). Nach dem korrespondierenden § 134 tritt Nichtigkeit nicht ein, wenn sich aus dem Geschäft ein Anderes ergiebt. Dieser Zusatz ist auch bei der Anwendung des § 817 zu beachten. Verstößt die Annahme der Leistung gegen ein gesetzliches Verbot, so ist die Rückforderung dann nicht zulässig, wenn ein gegen dieses gesetzliche Verbot eingegangenes Rechtsgeschäft nicht nichtig sein würde. Vgl. die Beispiele § 43 Anm. 3. Ferner: wenn Jemand in Preußen ein Loos einer daselbst nicht zugelassenen Lotterie kauft, so kann er den bezahlten Kaufpreis nicht unter der Behauptung zurückfordern, der Empfänger habe durch die Annahme des Kaufpreises gegen ein gesetzliches Verbot (nämlich das preuß. Strafgesetz vom 29. Juli 1885) verstoßen, da dieses gesetzliche Verbot nicht mehr die Wirkung hat, den Spielvertrag selbst ungültig zu machen, falls die Lotterie staatlich genehmigt ist (§ 763). Vgl. oben § 207 Anm. 4. Uebrigens wird meist auch der Fall des § 817 S. 2 vorliegen.

[3]) Vgl. hierüber oben § 43 unter II (S. 178) und die Beispiele daselbst in Anm. 19.

[4]) Vgl. M. II S. 849. Im § 747 E. I war dies durch die Vorschrift zum Ausdrucke gebracht, daß die Annahme der Leistung nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstoßen müsse. Dasselbe spricht der § 817 dadurch aus, daß er vorschreibt, der Zweck der Leistung müsse in der Art bestimmt sein, daß u. s. w. Diese Be-

2. Neben diesem Rückforderungsrechte können aus demselben Thatbestande dem Leistenden noch andere Ansprüche zustehen. Ist das zu Grunde liegende Rechtsgeschäft, auf Grund dessen die Leistung erfolgt ist, wegen des Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten nichtig [5]), so hat der Leistende eine Nichtschuld erfüllt und kann auch aus diesem Grunde das Geleistete zurückfordern. Jedoch findet, wenn der Thatbestand des § 817 vorliegt, die Ausnahmevorschrift des § 814 keine Anwendung, so daß insbesondere die Rückforderung auch dann zulässig ist, wenn der Leistende gewußt hat, daß er zur Leistung nicht verpflichtet ist [6]).

3. Die Rückforderung aus § 817 ist ausgeschlossen, wenn auch der Leistende durch die Leistung gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßen hat [7]). Bestand jedoch seine Leistung darin, daß er dem Empfänger gegenüber die Verpflichtung eingegangen ist, in Zukunft eine Leistung zu bewirken, indem er ihm z. B. ein Schuldanerkenntniß abgegeben oder einen Wechsel ausgehändigt hat, so kann er von dem Rückforderungsrechte Gebrauch machen und nicht nur die Erfüllung dieser Verpflichtung verweigern, sondern auch die Befreiung von dieser Verbindlichkeit verlangen. Hat er aber die Verbindlichkeit bereits erfüllt, so tritt die Ausschließung des Rückforderungsrechts wieder in Kraft: er kann, wenn

---

stimmung darf kein bloßes Internum des Leistenden sein, sondern muß erkennbar hervortreten, so daß der Empfänger sich bewußt sein muß, daß er durch die Annahme der Leistung einen Verstoß gegen das Gesetz oder die guten Sitten begehe. Jedoch wird man annehmen müssen, daß es hierzu genügt, wenn er den Zweck der Leistung kennt. Mit der Entschuldigung, er habe nicht gewußt, daß dieser Zweck ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verletze, kann er regelmäßig nicht gehört werden. Vgl. Mayr S. 576.

[5]) Ist das Leistungsgeschäft selbst aus diesem Grunde nichtig, so gestaltet sich die Rechtslage so, wie oben § 224 Anm. 16 dargestellt ist. Vgl. Dernburg II § 379 unter II, Oertmann Anm. 3 zu § 817, Mayr S. 554.

[6]) Vgl. Planck Anm. 1 zu § 817, Endemann I § 198 Anm. 44, Prot. II S. 702.

[7]) Für den Fall, daß nur auf Seiten des Leistenden turpitudo vorliegt, fehlt es im Gesetz an einer Vorschrift. Neubecker (DJZ. 1902 S. 568) nimmt an, daß dem Wucherer nicht das Recht zustehe, das von ihm Geleistete vom Bewucherten zurückzufordern. Er stützt diese Ansicht auf § 817 S. 2, indem er diese Bestimmung dahin auslegt, daß sie das Rückforderungsrecht auch dann ausschließt, wenn nur der Leistende gegen die guten Sitten verstößt (ebenso Cohn in Gruchot Bd. 41 S. 794). Daß § 817 S. 2 diese Ansicht nicht zu unterstützen im Stande ist, erhellt ohne Weiteres. Der klare, jede Mißdeutung ausschließende Wortlaut des § 817 ergiebt, daß der Satz 2 eine Ausnahme von Satz 1 darstellt, also zunächst den Thatbestand von Satz 1, nämlich turpitudo des Empfängers, voraussetzt, wozu noch der Thatbestand des Satzes 2 hinzutritt, nämlich turpitudo auf Seiten des Leistenden. Fehlt es also in dem Gesetze an einer besonderen Bestimmung, so kann nur in Frage kommen, ob die Vorschrift, welche für beiderseitige turpitudo gegeben ist, auf den Fall, daß eine solche nur auf Seiten des Leistenden vorliegt, analog ausgedehnt werden darf, wie es Dernburg (I § 127 unter II) thun will. Aber auch dieser Ansicht wird man nicht beistimmen können. Der § 812 Abs. 1 S. 1 giebt dem Wucherer die Kondiktion. Denn da das wucherliche Geschäft nichtig ist, fehlt es der Leistung des Wucherers an dem rechtlichen Grunde. Es ist nun nicht angängig, diesen im Gesetze gegebenen Anspruch durch analoge Anwendung einer für einen anderen Fall gegebenen Vorschrift aus der Welt zu schaffen. Vgl. Eccius in DJZ. 1903 S. 41 ff. Hierzu kommt noch folgende Erwägung: Wenn der Bewucherte seinerseits von dem Wucherer das an diesen Geleistete zurückfordert, so ist der Bewucherte zweifellos berechtigt, seine Leistung in Abzug zu bringen. Hat der Wucherer 1000 Mk. gegeben und 1800 Mk. erhalten, so kann der Bewucherte nicht 1800, sondern nur 800 zurückfordern. Denn nur um diesen Betrag ist der Wucherer bereichert (vgl. unten § 229 Anm. 2, ferner Dernburg I § 127 Anm. 15, Mayr S. 584). Es ist also das Resultat dasselbe, als ob der Bewucherte 1800, der Wucherer 1000 kondiziert. Sollte man wirklich annehmen müssen: abziehen könne der Wucherer die von ihm geleisteten 1000, zurückfordern kann er sie aber nicht? Eine solche Annahme würde jeder gesetzlichen Grundlage entbehren.

ihm ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten zur Last fällt, das auf Grund der eingegangenen Verbindlichkeit Geleistete nicht zurückfordern.

§ 229. Der Gegenstand des Anspruchs[1]).

I. Die Haftung des gutgläubigen Empfängers bis zur Rechtshängigkeit.

Den Gegenstand des Anspruchs bildet die Bereicherung, welche der Empfänger auf Kosten des anderen Theiles erlangt hat[2]).

1. Der Anspruch geht zunächst darauf, daß der Empfänger dasjenige herausgebe, was er auf Kosten des anderen Theiles erlangt hat, indem das Gesetz davon ausgeht, daß jede Vermehrung des Vermögens auch eine Bereicherung darstellt, und es dem Empfänger überläßt, darzuthun, daß und inwieweit die Vermögensvermehrung zu einer Bereicherung nicht geführt hat. Der Anspruch auf Herausgabe des Erlangten bezweckt die Wiederherstellung des früheren Zustandes, er ist somit seinem Inhalte nach verschieden je nach der Beschaffenheit dessen, was der Empfänger erlangt hat[3]). Ist die Wiederherstellung des früheren Zustandes, die Naturalrestitution, nicht möglich, sei es wegen der Beschaffenheit des Erlangten[4]), sei es, weil der Empfänger aus einem anderen Grunde zur Restitution nicht im Stande ist, so geht der Anspruch auf Erstattung des Werthes[5]).

---

[1]) Stieve, Der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs nach dem BGB. Inaug.-Dissert. Straßburg 1899.

[2]) Es ist begrifflich unrichtig und führt zu falschen Konsequenzen, wenn man als Gegenstand der Bereicherung dasjenige bezeichnet, was der Beklagte auf Kosten des Klägers erlangt hat. Der durch die §§ 812 ff. gegebene Anspruch ist, wie die Ueberschrift des Titels sagt, ein Anspruch aus der ungerechtfertigten Bereicherung. Das Gesetz will aus Billigkeit verhüten, daß Jemand auf Kosten eines Anderen ohne rechtlichen Grund reicher werde. Reicher geworden ist man aber nicht schlechthin um das, was man eingenommen hat, sondern um denjenigen Betrag, um welchen die Einnahmen die Ausgaben übersteigen. Um also festzustellen, um was der Beklagte reicher geworden ist, wieviel sein Gewinn beträgt, ist gewissermaßen eine Bilanz aufzustellen, in welche als Aktivum alles, was der Beklagte erlangt hat, als Passivum jede Verminderung seines Vermögens, die in ursächlichem Zusammenhange mit dem Erlangten eingetreten ist, aufzunehmen ist, und zwar ist diese Bilanz für den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit aufzustellen. Wenn das Gesetz als Gegenstand des Herausgabeanspruchs das Erlangte (§§ 812, 816, 818) bezeichnet und weiter bestimmt, inwieweit dieser Anspruch ausgeschlossen ist (§ 818 Abs. 3), so wollte es hiermit die Beweislast regeln. Der Sinn des Gesetzes ist: herausgeben muß der Beklagte dasjenige, um was er reicher geworden ist, seinen Gewinn; die Aktivposten hat der Kläger, die Passivposten der Beklagte zu beweisen. Vgl. M. II S. 837, Prot. II S. 703 ff., Mayr S. 591 ff., Stieve S. 28 RG. in JWSch. 1902 Beilage 7 S. 58 Nr. 136. — Das preußische Recht, welches hinsichtlich der Beweislast grundsätzlich auf demselben Standpunkte stand, wie das BGB. (vgl. ALR. I 13 §§ 262 ff.), machte eine Ausnahme für den Fall, daß der Empfänger geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt war. In diesem Falle lag dem Kläger die Beweispflicht dafür ob, daß der Empfänger „sich zur Zeit des gerügten Anspruchs noch im Besitze des durch die Verwendung bewirkten Vortheils befindet" (§ 274 a. a. O., vgl. auch § 267 a. a. O.) Das BGB. kennt eine solche Ausnahme zu Gunsten des Geschäftsunfähigen nicht.

[3]) Die Klage geht, wenn das Eigenthum an einer Sache übertragen worden ist, auf Rückübertragung des Eigenthums (Auflassung, Uebergabe), bei der condictio possessionis auf Wiedereinräumung des Besitzes, wenn ein Recht an einer Sache bestellt worden ist, auf Vornahme derjenigen Handlungen und Abgabe derjenigen Erklärungen, die zur Wiederaufhebung des Rechtes erforderlich sind, wenn ein Recht aufgegeben worden ist, auf Vornahme alles dessen, was zur Wiederherstellung des Rechtes erforderlich ist, usw. Vgl. M. II S. 834.

[4]) Das wird immer der Fall sein, wenn den Gegenstand der Leistung Handlungen oder Unterlassungen bilden, z. B. geleistete Dienste. Vgl. insbesondere § 951 Abs. 1.

[5]) Maßgebend ist der objektive Werth des Gegenstandes zu der Zeit, zu welcher der Empfänger ihn erlangt hat.

2. Der Empfänger hat außerdem die Nutzungen, die er gezogen hat, herausgeben, denn auch um diese ist er auf Kosten des anderen Theiles bereichert[6]). Eine Verpflichtung, im Interesse des anderen Theiles Nutzungen zu ziehen, liegt dem Empfänger nicht ob; er kann somit für Nutzungen, die er aus irgend einem Grunde zu ziehen unterlassen hat, nicht verantwortlich gemacht werden.

3. Endlich gilt auch das Surrogationsprinzip. Der Empfänger muß dasjenige herausgeben, was er auf Grund eines erlangten Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des erlangten Gegenstandes erwirbt[7]). Hat der Empfänger mit dem Erlangten einen Gegenstand durch Rechtsgeschäft erworben, so erstreckt sich die Herausgabepflicht auf diesen Gegenstand nicht, vielmehr greift die Vorschrift des § 818 Abs. 2 Platz,. daß der Empfänger, da er in Folge seiner Verfügung zur Herausgabe des Erlangten selbst nicht mehr im Stande ist, dessen Werth zu ersetzen hat[8]).

4. Da jedoch die Haftung des Empfängers auf die Bereicherung beschränkt

---

[6]) Ist z. B. eine verzinsliche Forderung übertragen worden, so hat der Empfänger die erhaltenen Zinsen herauszugeben. Die Regelung ist also hier eine andere wie beim Eigenthumsanspruche. Während bei diesem der redliche Besitzer die bis zur Rechtshängigkeit gezogenen Nutzungen nicht herauszugeben braucht (§§ 987—993), ist hier eine solche Verpflichtung dem Empfänger auferlegt. Der Empfänger soll sich nicht auf Kosten des anderen Theiles bereichern, er muß also alles erstatten, was sein Vermögen vermehren würde. Die Ausgleichung liegt darin, daß er Nutzungen insoweit nicht zu erstatten hat, als er um sie zur Zeit der Rechtshängigkeit nicht mehr bereichert ist, wofür freilich ihn die Beweislast trifft. Vgl. Prot. II S. 709 ff. Zu bemerken ist ferner, daß der Empfänger die Nutzungen auch dann herauszugeben hat, wenn feststeht, daß der Kläger seinerseits keine Nutzungen gezogen hatte. Vgl. auch RG. Bd. 35 S. 63 ff.

[7]) Vgl. hierüber oben § 197 unter 3 (S. 758).

[8]) Der erste Entwurf hatte die Frage nicht entschieden. § 740 E. I bestimmte, daß die Herausgabepflicht sich auch auf dasjenige erstrecke, was der Empfänger aus dem Geleisteten erworben habe. Die M. (II S. 839) bemerken hierzu, daß es zweifelhaft sein könne, inwiefern der rechtsgeschäftliche Erwerb zu dem Erwerb aus dem Empfangenen gehöre. In der zweiten Kommission war man darüber einig, daß sich die Verbindlichkeit „nicht auf dasjenige erstrecken soll, was der Bereicherte durch willkürliche Verfügung über den erlangten Gegenstand erwirbt, daß vielmehr bezüglich dieses Erwerbes lediglich die Verpflichtung zur Werthvergütung in Frage kommt“, Prot. II S. 709. (Vgl. Planck Anm. 2 b zu § 818, Dernburg II § 381 unter III 2, Mayr S. 612 ff., Endemann I § 198 Anm. 156. A. M. Oertmann Anm. 2 c zu § 818.) A. hat dem B. 1000 Mark als eine vermeintliche Schuld gezahlt. B. hat für diese 1000 Mark eine Aktie gekauft, die im Kurse gestiegen und zur Zeit der Klagezustellung 1100 Mark werth ist; A. hat nur den Anspruch auf 1000 Mark, nicht auf die Aktie, denn den Mehrwerth hat B. nicht auf Kosten des A., sondern durch sein Rechtsgeschäft erlangt. — A. hat dem B. als vermeintliche Schuld ein Prämienloos übereignet, welches zur Zeit der Uebergabe einen Kurswerth von 1200 Mark hatte. Dieses Prämienloos ist mit einem Gewinne von 10000 Mark gezogen worden. B. muß diese 10000 Mark herausgeben. — Das Prämienloos ist in der Verloosung gezogen und mit 1000 Mark eingelöst worden. Für diese 1000 Mark hat B. ein anderes Prämienloos angeschafft, das mit einem Gewinne von 10000 Mark ausgeloost worden ist. B. hat nur 1000 Mark herauszugeben, denn an Stelle des Looses mußte er, da er zur Herausgabe außer Stande ist, zwar den Werth von 1200 Mark ersetzen (§ 818 Abs. 2), da er aber nicht um diesen Werth, sondern nur um 1000 Mark bereichert worden ist, so erstreckt sich seine Verpflichtung nur auf diesen Betrag (§ 818 Abs. 3). Den Gewinn, den er mit dem angeschafften neuen Loose erzielt hat, hat er nicht auf Kosten des A. gemacht. — B. hat das Loos gegen den durch die Ausloosung entstehenden Verlust versichert. Nachdem das Loos ausgeloost worden ist, hat B., den Versicherungsbedingungen entsprechend, ein anderes Loos erhalten, das mit einem Gewinne von 10000 Mark ausgeloost worden ist. Er muß diese 10000 Mark herausgeben, da er nach § 818 Abs. 1 zur Herausgabe des Ersatzlooses verpflichtet war und er diese 10000 Mark auf Grund dieses Looses erworben hat. Natürlich kann er seine Auslagen, insbesondere die Versicherungsprämien, in Abzug bringen.

ist, so ist seine Verpflichtung insoweit ausgeschlossen[9]), als zur Zeit der Rechtshängigkeit seine gesammte Vermögenslage eine Bereicherung durch das Erlangte nicht mehr ausweist. Der Wegfall des Erlangten befreit ihn insoweit, als der Werth seinem Vermögen nicht zu Gute gekommen ist. Der Wegfall des Erlangten kann auf den verschiedensten Umständen beruhen. Es kann die dem Empfänger übertragene Sache beschädigt, untergegangen, auf irgend eine Weise abhanden gekommen sein. Ob die Zerstörung oder Beschädigung der Sache durch Zufall oder ein Verschulden, ja sogar durch Vorsatz des Empfängers herbeigeführt worden ist, ist unerheblich[10]). Es kann ferner eine Verminderung der Bereicherung dadurch eingetreten sein, daß der Empfänger mit Rücksicht auf den erlangten Gegenstand Aufwendungen irgend welcher Art, mögen sie auch nicht nothwendig oder nützlich gewesen sein, gemacht hat. Der durch solche Aufwendungen begründete Vermögensverlust vermindert von selbst den Betrag der Bereicherung; es kommt somit auch nicht darauf an, ob die Aufwendungen erforderlich waren oder nicht. Der Betrag der Aufwendungen ist von demjenigen, was der Empfänger herauszugeben hat, in Abzug zu bringen; ist ein bestimmter Gegenstand herauszugeben, so steht dem Empfänger wegen der Aufwendungen das Zurückbehaltungsrecht zu[11]). — Ein Fortfall der Bereicherung kann ferner in der Weise eintreten, daß der Empfänger in Folge des Erlangten Ausgaben gemacht hat, welche er anderenfalls nicht gemacht hätte[12]). Auch

[9]) Wenn das Gesetz auch für den Wegfall der Bereicherung die Beweislast dem Beklagten auferlegt, so handelt es sich doch nicht um eine bloße Einrede im eigentlichen Sinne. Vielmehr tritt mit dem Wegfalle der Bereicherung kraft Gesetzes ein Ausschluß der Verpflichtung ein. Der Richter hat also unter Umständen, wenn dieser Wegfall sich aus dem gesammten Sachverhalte von selbst ergeben sollte, den Ausschluß von Amtswegen zu berücksichtigen. Vgl. Planck Anm. 2 d zu § 818.

[10]) A. sendet dem B. einige Flaschen Wein in der Absicht, sie ihm zum Kaufe anzubieten. B., in der Meinung, der Wein sei ihm geschenkt, trinkt ihn. Als er nachher erfährt, es sei ihm eine Kaufofferte gemacht, lehnt er diese ab. Er braucht dem A. den Werth des Weines nur insoweit zu erstatten, als ihm, dem B., eine Ausgabe erspart worden ist. Die Beweislast vertheilt sich aber so, daß A. schlechthin den Ersatz des Werthes des Weines verlangen kann. (§ 818 Abs. 2) Es ist Sache des B., zu beweisen, daß er sich auf seine eigene Kosten keinen Wein oder billigeren Wein gekauft hätte. — B. hat den Wein nicht selbst getrunken, sondern seinem Freunde zum Geburtstage geschenkt. An sich ist B. in Folge dessen haftfrei, wenn aber feststeht, daß er seinem Freunde immer ein Geburtstagsgeschenk gemacht, also eine Ausgabe erspart hat, so ist er bereichert, jedoch nicht schlechthin um den Werth des Weines, sondern um den Betrag des Geschenkes, welches er dem B. gemacht hätte. — Zu bemerken ist noch, daß das preußische Recht (ALR. § 193 I 16) bestimmt hatte, daß der Empfänger einer Geldsumme oder anderer verbrauchbarer Sachen wie ein Darlehnsschuldner hafte, also immer zur Restitution verpflichtet sei. Auch im gemeinen Rechte war diese Ansicht vielfach vertreten (vgl. M. II S. 837, Oertmann Anm. 3b zu § 818, Stieve S. 31 ff.). Das BGB. hat eine solche Vorschrift nicht. Auch bei vertretbaren Sachen ist der Wegfall der Bereicherung von Bedeutung.

[11]) Selbstverständlich ist, daß der Empfänger einen selbständigen Anspruch auf Erstattung der Verwendungen nicht hat. Hat er dagegen den Gegenstand herausgegeben, ohne von seinem Retentionsrechte wegen der Verwendungen Gebrauch zu machen, so ist der Kläger auf Kosten des Empfängers bereichert und es steht dem Empfänger somit ein Bereicherungsanspruch gegen jenen zu. Vgl. M. II S. 840, Oertmann Anm. 3a zu § 818, Mayr S. 623 ff., Stieve S. 30, 31.

[12]) Der Lotteriekollekteur A. theilt seinem Kunden B. mit, daß das Loos, welches B. von ihm entnommen hat, mit einem Gewinne von 1000 Mark gezogen worden sei, und zahlt ihm die 1000 Mark. Aus Freude über den Gewinn ladet B. eine Anzahl Freunde zum Diner ein. Hinterher stellt sich heraus, daß auf das Loos des B. ein Gewinn nicht entfallen ist. B. muß zwar den Gewinn zurückzahlen, kann aber die durch das Diner entstandenen Kosten in Abzug bringen. — Zu bemerken ist, daß es keinen Unterschied macht, ob der Empfänger gerade das vom Kläger empfangene oder anderes Geld verwendet hat, wie es auch gleichgültig ist, ob er die Sache, die er erlangt, verkauft und den Erlös verbraucht hat. Vgl. Prot. II S. 706, Stieve S. 45.

Schäden, die durch den erlangten Gegenstand dem sonstigen Vermögen des Empfängers zugefügt worden sind, vermindern die Bereicherung [13]).

II. Die Haftung des gutgläubigen Empfängers von der Rechtshängigkeit an. § 818 Abs. 4.

Eine Erhöhung der Haftung des Empfängers tritt mit der Rechtshängigkeit ein, da der Empfänger nunmehr damit rechnen muß, daß der Prozeß für ihn einen ungünstigen Ausgang nehmen kann [14]). Er muß eine herauszugebende Geldsumme verzinsen [15]); wenn er einen Gegenstand herauszugeben hat, muß er dem anderen Theile für jeden Schaden aufkommen, der dem anderen Theile dadurch entsteht, daß in Folge eines Verschuldens des Empfängers der Gegenstand verschlechtert wird, untergeht oder aus einem anderen Grunde nicht herausgegeben werden kann. Ein Wegfall der Bereicherung kommt nur dann in Betracht, wenn er ohne Verschulden des Empfängers eingetreten ist. Dieser muß ferner auch für diejenigen Nutzungen aufkommen, welche er schuldhafter Weise zu ziehen unterlassen hat. Verwendungen kann er nur ersetzt verlangen, wenn sie nothwendige waren, und auch diese nur nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag.

III. Haftung des bösgläubigen Empfängers. § 819 Abs. 1.

Hat der Empfänger bei dem Empfange gewußt, daß die Vermögensverschiebung des rechtlichen Grundes entbehrt [16]), so haftet er vom Empfang an so, wie wenn der Anspruch schon zu dieser Zeit rechtshängig geworden wäre [17]). Ebenso gestaltet sich seine Haftung, wenn er den Mangel des rechtlichen Grundes später erfährt, von der Zeit der erlangten Kenntniß an [18]). Die selbst auf

---

[13]) Vgl. M. II S. 837. Abweichend Oertmann Anm. 3a zu § 818.

[14]) Vgl. hierüber oben § 88.

[15]) Die Verpflichtung, eine Geldsumme zu verzinsen, tritt zwar nach den allgemeinen Bestimmungen auch beim Verzuge des Schuldners ein (§ 288). Aus der Vorschrift des § 819 ergiebt sich aber, daß eine Verzinsungspflicht vor der Rechtshängigkeit nur eintritt, wenn der Empfänger den Mangel des rechtlichen Grundes bei dem Empfange kennt oder ihn später erfährt. Es ist daher unzulässig, die Folgen des Verzugs schon mit der Mahnung eintreten zu lassen. Zu demselben Resultate kommt man bei richtiger Auslegung des § 285. Nach diesem liegt Verzug nicht vor, wenn die Leistung aus einem Grunde unterbleibt, den der Schuldner nicht zu vertreten hat. Welche Umstände ein Schuldner zu vertreten hat, ist nach dem Schuldverhältniß, aus welchem er die Leistung chuldet, zu beantworten (vgl. oben § 86 unter 4, S. 343). Bei dem Anspruch aus der ungerechtfertigten Bereicherung liegt aber dem Empfänger bis zur Rechtshängigkeit keinerlei Vertretungspflicht dem Kläger gegenüber ob. Der Empfänger kommt demgemäß auch dann nicht in Verzug, wenn ihm der Anspruch selbst aus grober Fahrlässigkeit unbekannt ist. Eine Mahnung könnte daher den Empfänger nur in Verzug setzen, wenn sie zugleich die mala fides superveniens des Empfängers zu begründen geeignet wäre. Vgl. auch Heinitz, Kommentar zum preuß. Stempelsteuerges. S. 204, RG. Bd. 54 S. 27. Nicht ganz korrekt ist daher der Ausspruch Mayr's (S. 634): „Der Empfänger ist in Verzug, wenn er wissentlich unberechtigt, er ist es nicht, wenn er aus entschuldbarem Irrthume den Anspruch als nicht bestehend ansieht." Beide Sätze sind zwar richtig, aber es fehlt gerade der zweifelhafte Fall, daß der Empfänger sich in unentschuldbarem Irrthume befindet. Auch in diesem Falle ist er nicht im Verzuge.

[16]) Hierher gehört auch der Fall, daß der Empfänger die Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts, auf Grund dessen eine Leistung an ihn erfolgt ist, beim Empfange der Leistung gekannt hat. Die abweichende Ansicht Oertmanns (Anm. 1a zu § 819) widerspricht der Vorschrift des § 142 Abs. 2. Allerdings äußern sich die M. (S. II S. 847) in demselben Sinne, wie Oertmann. Dieser übersieht aber, daß der erste Entwurf eine dem § 142 Abs. 2 entsprechende Vorschrift noch nicht hatte. (Vgl. Prot. I S. 127.)

[17]) Die weitergehende Haftung aus einer etwa vorliegenden unerlaubten Handlung bleibt daneben bestehen (vgl. E. I § 741, M. II S. 840, 841, Prot. II S. 712).

[18]) Dieser Fall liegt insbesondere vor, wenn der Empfänger erfährt, daß der mit der Leistung bezweckte Erfolg nicht eingetreten oder der Rechtsgrund weggefallen ist.

grober Fahrlässigkeit, insbesondere auf Rechtsirrthum beruhende Unkenntniß steht der Kenntniß nicht gleich[19]). Hat der Empfänger zwar gewußt, daß eine Verpflichtung des Leistenden nicht bestehe, hat er aber angenommen, daß dies auch dem Leistenden bekannt sei (§ 814), so tritt die strengere Haftung nicht ein, denn er befand sich dann in dem Irrthume, daß der Leistende ihm eine unentgeltliche Zuwendung machen wolle, daß also der Leistung ein rechtlicher Grund nicht fehle. Die Beweislast dafür, daß er angenommen habe, es sei dem Leistenden das Fehlen der Verpflichtung bekannt, trifft den Empfänger[20]).

IV. Sonstige Fälle strengerer Haftung.

§ 819 Abs. 2. 1. Auch bei der Rückforderung wegen verwerflichen Empfanges haftet der Empfänger vom Empfange der Leistung an so, wie wenn der Anspruch bereits rechtshängig wäre. Ob der Empfänger sich dessen bewußt war, daß die Annahme der Leistung gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoße, ist gleichgültig, die verschärfte Haftung tritt hier immer vom Zeitpunkte des Empfanges an ein.[21])

§ 820. 2. Hat die Leistung einen Erfolg bezweckt, der nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts, also nach dem Willen beider Parteien, als ungewiß angesehen wurde, so mußte der Empfänger von vornherein mit der Möglichkeit rechnen, daß der Erfolg nicht eintreten und er zur Herausgabe verpflichtet sein werde. Dasselbe ist der Fall, wenn die Leistung aus einem Rechtsgrund erfolgt, dessen Wegfall nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts als möglich angesehen wurde.[22]) In beiden Fällen haftet daher der Empfänger, wenn der Erfolg nicht eintritt oder wenn der Rechtsgrund wegfällt, so, wie wenn der Anspruch bereits zur Zeit des Empfanges rechtshängig geworden wäre.[23]) Eine Ausnahme tritt jedoch hinsichtlich der Verpflichtung zur Herausgabe von Nutzungen und hinsichtlich der Verzinsung ein. Denn wenn der Empfänger auch mit der Möglichkeit der Herausgabe rechnen und daher hinsichtlich des empfangenen Gegenstandes ordnungsmäßige Sorgfalt anwenden muß, so besitzt er doch so lange, als der Nichteintritt des Erfolges oder der Wegfall des Rechtsgrundes nicht feststeht, das Erlangte nicht ohne rechtlichen Grund. Für die Verpflichtung, eine Geldsumme zu verzinsen und die Nutzungen herauszugeben, muß daher derjenige Zeitpunkt maßgebend sein, in welchem der Empfänger erfährt, daß der Erfolg nicht eingetreten oder der Rechtsgrund weggefallen ist.

---

[19]) Vgl. die Ausführungen in Anm. 15.

[20]) Vgl. Prot. II S. 711.

[21]) Selbstverständlich ist, daß der Empfänger den Grund, aus welchem ihm geleistet worden ist, gekannt haben muß. Erfährt er diesen Grund erst später, sodaß er nunmehr wissen muß, daß die Annahme, wenn er den Grund damals schon gekannt hätte, gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstoßen hätte, so tritt dennoch die verschärfte Haftung nicht ein. Denn der § 819 Abs. 2 trifft nur den Fall, daß die Annahme der Leistung verwerflich ist.

[22]) Ist dem Empfänger beim Empfange bekannt gewesen, daß der Erfolg nicht eintreten kann oder erfährt er dies später, so liegt der Fall des § 819 Abs. 1 vor, ebenso, wenn dem Empfänger bekannt ist oder bekannt wird, daß der Rechtsgrund wegfallen muß. Vgl. Planck Anm. 1c zu § 819, Mayr S. 638.

[23]) Der Fall des § 820 liegt begrifflich insbesondere dann vor, wenn auf Grund eines noch nicht endgültigen Urtheils geleistet worden ist, da der Rechtsgrund, aus dem geleistet worden ist, als möglicherweise wegfallend angesehen worden ist. In dem Falle, in welchem die CPO. beim Wegfalle des Urtheils nur einen Bereicherungsanspruch giebt (§ 541 CPO.), ist daher in Uebereinstimmung mit § 820 bestimmt, daß der Erstattungsanspruch als zur Zeit der Leistung rechtshängig geworden anzusehen ist. Dasselbe ist bestimmt in allen denjenigen Fällen, in denen die Aufhebung des Urtheils eine Schadensersatzpflicht begründet (§§ 302, 600, 717 CPO.).

V. Haftung des Dritten. § 822.

Die ungerechtfertigte Bereicherung erzeugt grundsätzlich nur einen persönlichen Anspruch[24]) gegen den Empfänger. Hat dieser das Erlangte einem Dritten zugewendet, so hat der Dritte das Zugewendete aus dem Vermögen des Empfängers, nicht aus dem Vermögen des Benachtheiligten erhalten.[25]) Eine Ausnahme bestimmt jedoch das Gesetz für den Fall daß die Zuwendung an den Dritten unentgeltlich erfolgt ist. Das Gesetz giebt in diesem Falle dem Benachtheiligten den Bereicherungsanspruch auch gegen den Dritten, da dieser immerhin das ihm unentgeltlich Zugewendete auf Kosten des Benachtheiligten erlangt hat.[26])

---

[24]) Daher ist der Anspruch im Konkurs über das Vermögen des Empfängers nur Konkursforderung, selbst wenn der Gegenstand, den der Empfänger erlangt hat, sich noch in der Konkursmasse befindet. Vgl. Prot. II S. 722 ff. Der § 59 Nr. 3 KO. hat den Fall im Auge, daß die Konkursmasse rechtlos bereichert worden ist, d. h. daß der Uebergang aus dem Vermögen des Benachtheiligten unmittelbar in die Konkursmasse, also nach der Konkurseröffnung, erfolgt ist. Vgl. Jäger KO. Anm. 10 zu § 59.

[25]) Das frühere preußische und das gemeine Recht kannten unter gewissen Voraussetzungen bei der sog. mittelbaren, d. h. durch eine Mittelsperson bewirkten, Bereicherung eine Klage aus der nützlichen Verwendung, die actio de in rem verso. Diese Klage fand insbesondere dann statt, wenn der Kläger ein Rechtsgeschäft mit einer Mittelsperson abgeschlossen hatte, die nach außen als Selbstkontrahent, in Wirklichkeit aber für den Beklagten und in dessen Interesse gehandelt hatte, wenn diese Mittelsperson das durch das Rechtsgeschäft Erworbene dem Beklagten zugewendet hatte, ohne daß diese Zuwendung auf einem besonderen Rechtsgrund, insbesondere einem Erwerbsgeschäfte, beruhte, und wenn endlich der Kläger die ihm gebührende Gegenleistung von der Mittelsperson wegen deren Vermögenslosigkeit nicht erlangen konnte. Vgl. RG. Bd. 1 S. 143, 159, Bd. 4 S. 238, Bd. 21 S. 236, Bd. 40 S. 260, Bd. 43 S. 161 (für gemeines Recht). Dem BGB. ist eine solche besondere, neben den Ansprüchen aus der auftraglosen Geschäftsführung und der ungerechtfertigten Bereicherung bestehende Klage unbekannt. Vgl. M. II S. 871 ff., Oertmann Vorbem. 10 vor § 677, Mayr S. 334 ff., Neumann Anm. II zu § 687, Endemann I § 198 unter 5, a. M. Dernburg II § 380 unter V. In dem oben bezeichneten Falle ist für eine Bereicherungsklage aus § 812 ff. schon deswegen kein Raum, weil der Benachtheiligte den Vermögensverlust nicht ohne rechtlichen Grund, sondern in Folge des mit der Mittelsperson abgeschlossenen Rechtsgeschäfts erlitten hat. Der Fall unterscheidet sich nämlich von dem Thatbestande des § 822 sehr wesentlich darin, daß die erste Voraussetzung dieses § die ist, daß vor allem ein Bereicherungsanspruch gegen den Empfänger begründet ist: dieser Bereicherungsanspruch wird im § 822 passiv auf einen Dritten übertragen. Wenn aber zwischen dem Berechtigten und der Mittelsperson ein rechtswirksames Erwerbsgeschäft abgeschlossen worden ist, so kann von einer ungerechtfertigten Bereicherung der Mittelsperson, also überhaupt von der Anwendung des § 822, nicht die Rede sein. — Hat die Mittelsperson das Geschäft im Namen des Beklagten als dessen negotiorum gestor abgeschlossen, so wird darin, daß der Beklagte das durch das Rechtsgeschäft Erworbene sich hat zuwenden lassen, häufig schon eine Genehmigung der negotiorum gestio liegen. Wird das zwischen dem Kläger und der Mittelsperson in fremdem Namen geschlossene Geschäft von dem Geschäftsherrn nicht genehmigt, so liegen alle Voraussetzungen des § 812 vor und es ist die Bereicherungsklage gegen den Geschäftsherrn gegeben. — Hat dagegen die Mittelsperson im eigenen Namen kontrahiert — dies ist der Fall, in dem früher unter den oben bezeichneten Voraussetzungen die actio de in rem verso zugelassen wurde — so findet jetzt eine Klage gegen den Dritten, mag die Mittelsperson ihm das durch den Vertrag Erworbene entgeltlich oder unentgeltlich zugewendet haben, nicht statt. Der Kläger hat den Vertragsanspuch gegen seinen Mitkontrahenten und keinen weiteren Anspruch. Ein solcher wäre nur nach § 826 BGB. begründet, wenn der Beklagte sich zum Schaden des Klägers der zahlungsunfähigen Mittelsperson bedient hätte (Neumann a. a. O.).

[26]) Vgl. über die ungünstigere Behandlung des unentgeltlichen Erwerbers oben § 227 Anm. 4. Der Fall des § 822 kann natürlich auch im Falle des § 816 vorliegen. Verfügt A. unberechtigt über den Gegenstand des B. und wendet er dasjenige, was er durch diese Verfügung erlangt hat, unentgeltlich dem C. zu, so haftet C. nach § 822. — Verfügt A. unberechtigt über den Gegenstand des B. und zwar unentgeltlich zu Gunsten des C., so haftet C. nach § 816 Abs. 1 S. 2. Wendet C. den erlangten Vortheil unentgeltlich dem D. zu, so haftet D. nach § 822. Vgl. Mayr S. 328, 329.

1. Voraussetzung dieses Anspruchs ist, daß der Empfänger das Erlangte unentgeltlich dem Dritten zugewendet hat. Es ist nicht erforderlich, daß der Empfänger gerade dasjenige dem Dritten zugewendet hat, was er ursprünglich erlangt hat. Die Voraussetzung liegt vielmehr auch dann vor, wenn die Zuwendung in demjenigen besteht, worauf nach § 818 Abs. 1 die Herausgabepflicht des Empfängers sich erstreckt,[27]) sowie ferner, wenn er das Erlangte veräußert und den Gegenwerth dem Dritten zugewendet hat.[28])

2. Die Haftung des Dritten ist nur dann begründet, wenn der Empfänger selbst in Folge der unentgeltlichen Zuwendung haftfrei wird. Die unentgeltliche Zuwendung an den Dritten bewirkt für den Empfänger einen Wegfall der Bereicherung. Hat dieser Wegfall der Bereicherung die Folge, daß der Empfänger frei wird, so haftet der Dritte. Dies ist regelmäßig dann der Fall, wenn die unentgeltliche Zuwendung an den Dritten durch den gutgläubigen Empfänger vor der Rechtshängigkeit des Anspruchs erfolgt ist. (§ 818 Abs. 3.) Bleibt der Empfänger trotz der unentgeltlichen Zuwendung des Erlangten an den Dritten zur Herausgabe verpflichtet (§§ 818 Abs. 4, 819, 820), so haftet der Dritte nicht,[29]) selbst wenn der Benachtheiligte von dem Empfänger aus irgend welchem Grunde, z. B. wegen dessen Zahlungsfähigkeit oder Unbelangbarkeit, nichts erhalten kann.[30])

3. Die Herausgabepflicht des Dritten unterliegt denselben Grundsätzen, wie die des Empfängers. Er hat dasjenige herausgegeben, was ihm von dem Empfänger zugewendet worden ist, nebst den Nutzungen und Surrogaten (§ 818 Abs. 1); er muß, wenn er zur Herausgabe nicht im Stande ist, den Werth ersetzen (§ 818 Abs. 2); er wird von der Haftung frei, soweit er nicht bereichert ist (§ 818 Abs. 3) und seine Haftung erhöht sich mit der Rechtshängigkeit (§ 818 Abs. 4).

§ 230. Die Bereicherungseinrede.

1. Der Thatbestand der ungerechtfertigten Bereicherung erzeugt nicht nur einen Anspruch, sondern auch eine Einrede. Wenn die nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung der Rückforderung unterliegende Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand, so kann der Leistende sowohl auf Befreiung von dieser Verbindlichkeit klagen als auch, wenn die Verbindlichkeit gegen ihn geltend gemacht wird, die Leistung verweigern. Dieses Recht steht ihm auch dann zu, wenn der Anspruch auf Befreiung von der Verbindlichkeit verjährt ist[1]).

---

[27]) Der Fall des § 822 liegt z. B. vor, wenn A. dem B. ohne rechtlichen Grund eine verzinsliche Forderung übertragen hat und B. dem Schuldner C. unentgeltlich einen Theil der Zinsen erläßt.

[28]) Vgl. Mayr S. 330, 331, Planck Anm. 3 zu § 822.

[29]) X. hat dem Beamten A. zum Zwecke der Bestechung 100 Mk. gegeben. A. hat von diesen 100 Mk. seinem Freunde B. 50 Mk. geschenkt. B. haftet nicht aus § 822, da A. nach § 819 Abs. 2 trotz der Schenkung voll verhaftet bleibt. — A. hat dem B. zur Tilgung einer vermeintlichen Schuld 100 Mk. gegeben und klagt gegen ihn auf Rückzahlung. Von diesen 100 Mk. hat B. vor Zustellung der Klage dem C. 20 Mk. und nach Zustellung der Klage dem D. 30 Mk. geschenkt. A. kann auf Grund des § 822 den C., nicht aber den D. in Anspruch nehmen.

[30]) Hat der Dritte wieder seinerseits das Erlangte unentgeltlich einem Anderen zugewendet, so kommt gleichfalls § 822 zur Anwendung. Der später Bereicherte haftet aber immer nur dann, wenn der Anspruch gegen jeden der Vormänner in Folge der unentgeltlichen Zuwendung ausgeschlossen ist.

[1]) Hinsichtlich der Verjährung des Bereicherungsanspruchs gelten die allgemeinen

2. Auch für den Umfang der Einrede gelten dieselben Vorschriften wie für den Anspruch. Der Benachtheiligte kann die Erfüllung insoweit nicht verweigern, als der andere Theil zur Zeit der Geltendmachung der Einrede nicht mehr bereichert ist. Hat z. B. der Gläubiger mit Rücksicht darauf, daß er ein Forderungsrecht erlangt hat, Aufwendungen oder Ausgaben gemacht, die er anderenfalls nicht gemacht haben würde, so versagt insoweit die Bereicherungseinrede [2]). **§ 821.**

Siebenunddreißigster Titel.

Unerlaubte Handlungen [1]).

§ 231. Begriff. Voraussetzungen der Schadensersatzpflicht.

I. Unerlaubte Handlungen im Sinne des BGB. sind die Thatbestände, an welche die Vorschriften der §§ 823—853 eine Schadensersatzpflicht knüpfen [2]).

Grundsätze. Die Verjährungsfrist ist die 30jährige, soweit nicht nach besonderen Vorschriften (vgl. §§ 977, 1302, 2287) Ausnahmen bestehen. Vgl. Mayr S. 628 ff.

[2]) Vgl. Prot. II S. 703, 705. In einem Testament ist für A. ein Vermächtniß von 10000 Mk. angeordnet. Der Erbe hat dem A. auf Grund dieses Vermächtnisses ein Schuldanerkenntniß abgegeben. Im Vertrauen auf das Bestehen dieser Forderung hat A. 1000 Mk. für die Armen der Stadt hingegeben. Als er nun aus dem Schuldanerkenntnisse gegen den Erben klagt, macht dieser geltend, die Anordnung des Vermächtnisses sei unwirksam, die in dem Anerkenntnisse liegende Leistung unterliege daher der Rückforderung aus § 812. Da A. in Höhe von 1000 Mk. nicht mehr bereichert ist, bleibt das Schuldanerkenntniß in dieser Höhe bestehen, insoweit versagt also die Bereicherungseinrede des Erben und dieser ist zur Zahlung von 1000 Mark zu verurtheilen.

[1]) Jung, Delikt und Schadensverursachung (Heidelberg 1897), v. Liszt, die Deliktsobligationen im System des BGB. (Berlin 1898), Linckelmann, die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen (Berlin 1898), Eltzbacher, die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichen Recht, Bd. I, das rechtswirksame Verhalten (Berlin 1903) S. 274 ff.

[2]) Für das BGB. kann eine andere Begriffsbestimmung der unerlaubten Handlung nicht gegeben werden (für das preußische Recht vgl. Ob.=Trib. Bd. 13 S. 507 ff., Strieth. Arch. Bd. 44 S. 165 ff.). Den Handlungen, welche nach den §§ 823 ff. schadensersatzpflichtig machen, ist weder eine Rechtswidrigkeit noch ein Verschulden gemeinsam (siehe unten § 237). In einigen Fällen setzt die Schadensersatzpflicht nicht einmal eine Handlung des Verpflichteten voraus (§§ 833, 835). Daß die Thatbestände der §§ 823 ff. sämmtlich als unerlaubte Handlungen im Sinne des BGB. zu gelten haben, auch soweit die Schadensersatzpflicht eine Rechtswidrigkeit oder ein Verschulden nicht voraussetzt, ergiebt schon ihre Zusammenfassung unter dem Titel „unerlaubte Handlungen“ (vgl. auch KB. zu § 836 (E. IV). Auch geht es als unzweifelhaft aus den Vorschriften des § 840 hervor. Dagegen können nicht widerrechtliche oder nicht auf einem Verschulden beruhende Handlungen, an welche andere Vorschriften des BGB. oder andere Gesetze eine Schadensersatzpflicht knüpfen (z. B. §§ 904, 867, 231, § 1 des Reichshaftpflichtgesetzes vom 7. 6. 1871), nicht als unerlaubte Handlungen im Sinne des BGB. gelten, sofern sie sich nicht als bloße Anwendungen der in den §§ 823 ff. enthaltenen Grundsätze darstellen (siehe z. B. unten Anm. 20 S. 885). Die richtige Begrenzung des Begriffs der unerlaubten Handlungen ist von Wichtigkeit für die Anwendung vieler gesetzlicher Bestimmungen, insbesondere der §§ 830, 840, 842, 848, 852 BGB., § 32 CPO.; vgl. ferner z. B. §§ 1415 Nr. 1, 1463 Nr. 1, 1536 Nr. 3. — Wie hier Endemann I § 200 Anm. 19, Linckelmann a. a. O. S. 8 Anm. 11, Liszt a. a. O. S. 8 Anm. 1, Neumann Vorbem. A. vor § 843. Das RG. (Bd. 50 S. 408 ff.) vertritt die gleiche Ansicht insoweit, als es Klagen aus § 1 des Reichshaftpflichtgesetzes nicht für Klagen aus unerlaubten Handlungen im Sinne des § 32 CPO. erklärt (A. M. Gaupp=Stein Anm. III zu § 32 CPO.), während es die Frage, ob § 32 CPO. auf alle Fälle der §§ 823 ff. (insbesondere auch auf §§ 833, 835) Anwendung findet, in dem angeführten Urtheile nicht entschieden hat. Dagegen ist in der Entscheidung Bd. 53 S. 114 ff. die Haftung des

1. Unerlaubt ist nicht gleichbedeutend mit strafbar; die Schadensersatzpflicht ist von der Strafbarkeit der Handlung grundsätzlich unabhängig.

2. Die Handlung, welche zum Schadensersatze verpflichtet, kann auch in einem Unterlassen bestehen (vgl. z. B. § 836)[3].

3. Die §§ 823—853 finden nur auf außerkontraktliche Handlungen Anwendung. Die Wirkungen der Verletzung des Rechtes aus einem Schuldverhältnisse durch den Schuldner bestimmen sich nach den für das fragliche Schuldverhältniß maßgebenden Vorschriften. Stellt sich aber die Verletzung der Vertragspflicht gleichzeitig als eine unerlaubte Handlung im Sinne der §§ 823 ff. dar, so steht dem Verletzten sowohl der Anspruch aus dem Vertrage wie der Anspruch aus der unerlaubten Handlung zu[4]). Der Beschädiger haftet in diesem Falle für die unerlaubte Handlung uneingeschränkt nach Maßgabe der §§ 823 ff. auch dann, wenn seine vertragsmäßige Haftung eine geringere ist[5]).

II. Nach den Vorschriften des BGB. über die unerlaubten Handlungen verpflichtet zum Schadensersatze grundsätzlich nur die auf einem Verschulden beruhende widerrechtliche Handlung und zwar nur gegenüber dem unmittelbar Geschädigten und nur insoweit durch die Handlung die in den §§ 823—826 abgegrenzte Rechtssphäre verletzt und dadurch ein Schaden verursacht wird. Im einzelnen ist jedoch die Schadensersatzpflicht nach verschiedenen Richtungen erweitert.

§§ 823 ff. Die Voraussetzungen der Haftung sind danach die folgenden:

1. Die Handlung muß auf einem Verschulden beruhen (§§ 823 Abs. 1, Abs. 2 S. 2, 824 Abs. 1, 825, 826—828, 831 Abs. 2 u. s. w.).

Eisenbahnunternehmers aus § 1 des Haftpflichtgesetzes im Sinne des § 840 Abs. 3 als eine Haftung aus einer unerlaubten Handlung angesehen worden. Daß der Thatbestand des § 833 eine unerlaubte Handlung bildet, ist in der Entsch. Bd. 50 S. 252 ff. angenommen. — Weiter geht Eltzbacher in seinen interessanten Ausführungen a. a. O. S. 217 ff. Nach ihm ist unerlaubte Handlung jede zum Schadensersatze verpflichtende Verletzung eines Ausschließungsrechts (S. 298). Siehe auch Anm. 26 a. E. S. 886.

[3]) Vgl. M. II S. 727, E. I § 704 Abs. 1, Dernburg II § 383 Anm. 23, RG. Bd. 52 S. 375 ff.

[4]) Z. B. wenn der Entleiher die geliehene Sache unterschlägt. — Hierüber herrscht fast Einstimmigkeit. Vgl. Dernburg II § 65 II, 2, Crome II § 324 Anm. 29, Planck Vorbem. II vor § 823 S. 602, Oertmann Vorbem. 5 vor § 823, Neumann Vorbem. F. III vor § 823, Liszt a. a. O. S. 11 ff. A. M. Endemann I § 200 unter 1, Hellwig, Anspruch und Klagerecht (Berlin 1900) S. 98 ff.

[5]) Hat z. B. der Verwahrer, der die Aufbewahrung unentgeltlich übernommen hat, die hinterlegte Sache durch eine geringe Fahrlässigkeit vernichtet, so haftet er zwar nicht aus dem Vertrage (§ 690), wohl aber aus der unerlaubten Handlung (§ 823 Abs. 1). Ebenso Dernburg II § 65 II 3 b, Crome II § 324 Anm. 32, Planck Vorbem. II vor § 823 S. 603, Oertmann Anm. 3 zu § 276; a. M. Liszt a. a. O. S. 13. Aehnlich verhält es sich auch mit dem der Entscheidung des RG. Bd. 50 S. 244 ff. zu Grunde liegenden Falle, in dem der Kutscher von dem Pferde des Dienstherrn verletzt wurde. Dieser ist mit Recht zum Schadensersatze verurtheilt worden. Daß er nach dem Dienstvertrage nicht haftete, weil ihn ein Verschulden nicht traf, schloß seine Haftung aus § 833 nicht aus. Ebensowenig würde die Haftung des Thierhalters nach § 833 grundsätzlich dann ausgeschlossen sein, wenn er z. B. das Thier einem Anderen zur Wartung oder zum Transport übergiebt und das Thier den Stall oder den Viehwagen des Anderen beschädigt. Aber es wird hier im einzelnen Falle in Betracht kommen, ob etwa in dem Abschlusse des Vertrags eine vertragsmäßige Herabminderung der Haftung aus der unerlaubten Handlung zu finden ist und ob ein konkurrierendes Verschulden des Anderen (§ 254) vorliegt. Vgl. hierzu Fleischauer in JW. 1903 Nr. 31/33 S. 267.

Wer einen Schaden veranlaßt, aber nicht verschuldet, haftet im allgemeinen nicht [6]). Ausnahmen bestimmen die §§ 829, 833, 835 [7]).

Ob das Verschulden in Vorsatz oder Fahrlässigkeit besteht, ist ohne Einfluß auf die Begründung der Schadensersatzpflicht [8]). Nur im Falle des § 826 macht allein die vorsätzliche Schadenszufügung ersatzpflichtig; im Falle des § 823 Abs. 2 tritt die Schadensersatzpflicht wegen fahrlässigen Handelns dann nicht ein, wenn nur die vorsätzliche Handlung mit Strafe bedroht ist. Ebensowenig kennt das BGB. eine Abstufung der Schadensersatzpflicht nach dem Grade des Verschuldens. Der Umfang der Ersatzpflicht ist stets der gleiche, mag die Verpflichtung auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit beruhen oder mag sie ausnahmsweise ohne Rücksicht auf ein Verschulden eintreten [9]).

2. Die Handlung muß widerrechtlich sein. (§§ 823—826, 827 S. 2, 831, 832, 836, 839). Auch hiervon bilden die Vorschriften der §§ 833, 835 eine Ausnahme [10]).

Widerrechtlich ist die Handlung, durch welche ein fremder Rechtskreis verletzt wird, falls nicht dem Handelnden ein Recht zu dieser Verletzung zustand (vgl. § 858 Abs. 1). Ein solches Recht kann durch ein Rechtsgeschäft oder durch das Gesetz begründet sein [11]).

Durch die Einwilligung des Beschädigten in die schädigende Handlung verliert diese in der Regel die Eigenschaft der Widerrechtlichkeit, soweit es sich nicht um die Verletzung eines der Willkür des Einwilligenden nicht unterliegenden Rechtsguts handelt [12]).

Dagegen bleibt die Handlung widerrechtlich, auch wenn sie der Handelnde, selbst aus einem entschuldbaren Irrthume, für erlaubt hielt. Doch schließt in

---

[6]) Das BGB. hat grundsätzlich an dem Verschuldungsprinzipe festgehalten und das Veranlassungsprinzip abgelehnt. Vgl. hierüber M. II S. 727, Prot. II S. 568 ff., KB. zu § 807 E. IV, G. Rümelin, Kulpahaftung und Kausalhaftung (Arch. f. die civil. Pr. Bd. 88 S. 285 ff.), Linckelmann a. a. O. S. 1 ff., 8 ff., 16, Planck Vorbem. I vor § 823, RG. in der JW. 1903 Beil. 11 S. 93 Nr. 214, S. 96 Nr. 217.

[7]) Vgl. ferner §§ 231, 867 S. 2, 904, 962 S. 3 und unten § 237.

[8]) Besondere Rechtsfolgen vorsätzlich begangener unerlaubter Handlungen siehe in den §§ 273 Abs. 2, 393, 1000 S. 2. — Ueber die Begriffe „Vorsatz" und „Fahrlässigkeit" (§ 276 Abs. 1 S. 1 u. 2) siehe oben § 33 unter 3 S. 138. Vgl. Linckelmann a. a. O. S. 34 ff., Liszt a. a. O. S. 54 ff.

[9]) Siehe oben § 33 unter 2 S. 137 und § 75 S. 298 ff.

[10]) Vgl. ferner die §§ 228, 867 S. 2 und 3, 904 S. 2, 962 S. 3 und unten § 237. Nicht hierher gehören die Haftung wegen culpa in contrahendo (§§ 307, 309) sowie die Schadensersatzpflicht aus § 122. Sie beruhen nicht auf einer Rechtshandlung, sondern auf Rechtsgeschäft. Siehe oben § 92 unter 5 S. 357.

[11]) Es ist widerrechtlich, einem Anderen die ihm gehörige Sache wegzunehmen. Die Wegnahme ist nicht widerrechtlich, wenn der Andere dem Wegnehmenden ein Recht hierzu eingeräumt hatte oder wenn die Wegnahme durch einen Gerichtsvollzieher gemäß § 883 CPO. erfolgt. — Nach § 903 ist jede Einwirkung auf eine fremde Sache widerrechtlich. Nicht widerrechtlich sind die durch § 906 gestatteten Einwirkungen. — Wer dem Befehl eines Anderen nach dem Gesetze Gehorsam schuldig ist, ist für den Schaden, den er durch eine ihm befohlene Handlung einem Anderen verursacht, nicht verantwortlich (vgl. §§ 45, 47, 49 I, 6 ALR.), da seine Handlung nicht widerrechtlich ist. Handlungen, auf die sich die Pflicht zum Gehorsame nicht bezieht, machen schadensersatzpflichtig, auch wenn der Handelnde auf Grund eines Befehls gehandelt hat. Würde z. B. ein Polizeibeamter seinem Untergebenen befehlen, einen Anderen zu mißhandeln, so wären der Vorgesetzte und der Untergebene nach den §§ 823, 830, 840 schadensersatzpflichtig (vgl. Koch Anm. 40 zu § 46 I, 6 ALR.).

[12]) Die lebenslängliche Einsperrung eines Menschen bleibt widerrechtlich, auch wenn sie mit Einwilligung des Eingesperrten erfolgt. Vgl. ferner StrGB. §§ 142, 216, 237.

diesem Falle in der Regel das mangelnde Verschulden die Schadensersatzpflicht aus[13]).

Unter gewissen Voraussetzungen gelten Handlungen, auch wenn sie an sich widerrechtlich wären, als nicht widerrechtlich und zwar

a) die nach § 229, 230 Abs. 1 erlaubten Selbsthülfehandlungen[14]),

b) die in der Nothwehr oder im Nothstande nach Maßgabe der Vorschriften der §§ 227, 228, 904 vorgenommenen Handlungen[15]).

3. Die Handlung muß einen Eingriff in den durch die §§ 823—826 abgegrenzten Rechtskreis eines Anderen enthalten.

Der Rechtskreis einer Person umfaßt alle ihr zustehenden Rechtsgüter, also ihre dinglichen und obligatorischen Vermögensrechte, ihre Familien- und Erbrechte sowie ihre Persönlichkeitsrechte (Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit, Ehre) einschließlich der Immaterialrechte[16]). Nicht jede Verletzung dieses Rechtskreises gilt als unerlaubt und verpflichtet demgemäß zum Schadensersatze. Das BGB. beschränkt die Schadensersatzpflicht nach zwei Richtungen. Einmal wird der Umfang der geschützten Rechtsgüter durch die Art der beschädigenden Handlung bestimmt. Der gesammte Rechtskreis einer Person ist nur dann geschützt, wenn seine Verletzung auf einem Verstoße gegen ein den Schutz eines Anderen bezweckendes Gesetz (§ 823 Abs. 2) oder auf einer illoyalen Handlung (§ 826) beruht, während in anderen Fällen widerrechtlicher Verletzung des Rechtskreises eines Anderen nur bestimmte Rechtsgüter geschützt sind (§ 823 Abs. 1). Sodann wird allgemein der Schutz nur gewährt gegen unmittelbare Eingriffe; die mittelbare Verletzung des Rechtskreises eines Anderen gewährt diesem grundsätzlich einen Schadensersatzanspruch nicht.

a) Schutz des gesammten Rechtskreises.

§ 823 Abs. 2. α) Wer gegen ein den Schutz eines Anderen bezweckendes Gesetz verstößt, ist dem Anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. (§ 823 Abs. 2 S. 1). Im einzelnen ist hierzu zu bemerken:

1. Den Schutz eines Anderen bezweckt das Gesetz, welches dem Einen im Interesse des Anderen — nicht im Interesse der Gesammtheit[17]) — ein

---

[13]) Vgl. eine Ausnahme im § 231. — Widerrechtlichkeit und Verschulden sind auseinander zu halten (vgl. RG. Bd. 50 S. 66). Es ist verwirrend, von objektiver und subjektiver Widerrechtlichkeit (oder Rechtswidrigkeit) zu sprechen. Widerrechtlichkeit ist an sich etwas objektives; sie liegt vor, wenn dem Handelnden kein Recht zu der verletzenden Handlung zusteht, ohne Rücksicht darauf, ob der Handelnde dies wußte oder wissen mußte. Ist dies der Fall, so liegt gleichzeitig ein Verschulden, also eine verschuldete Widerrechtlichkeit vor. Siehe auch oben § 68 Anm. 6 S. 227. Vgl. hierzu Eltzbacher a. a. O. S. 98 ff. und über die Schadensersatzpflicht im Falle des entschuldbaren Irrthums Henrici in Gruchot Bd. 42 S. 625 ff.

[14]) Siehe oben § 69 S. 283 ff.

[15]) Siehe hierüber oben § 68 S. 277 ff.

[16]) Siehe oben § 25 unter II, 5 S. 118.

[17]) Trotz der einschränkenden Bestimmung des Gesetzes wird auf Grund einer offenbar mißverstandenen Aeußerung der Regierungsvertreter in der Reichstagskommission (KB. zu § 813 a E. IV) behauptet, daß auch ein Verstoß gegen ein den Schutz der Gesammtheit bezweckendes Gesetz unter § 823 Abs. 2 falle, weil ein Gesetz, das die Gesammtheit schützen solle, auch den Einzelnen schütze. (So Meisner, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse. Breslau 1897 S. 287, Cosack I § 163 II, 2a, Oertmann Anm. 4, a, α, zu § 823, Planck Anm. 3b zu § 823 S. 612, Crome I § 326, 2; vgl. dagegen Dernburg II § 383 II, 3, Linckelmann a. a. O. S. 37 ff., Detmold, der Begriff des Schutzgesetzes in der Festgabe für Regelsberger 1901 S. 317 ff., 328 ff., Endemann I § 200 unter 3, c, Hachenberg S. 425, Schollmeyer, das Recht der einzelnen

bestimmtes Verhalten gebietet oder verbietet[18]). Solche Schutzgesetze sind nicht nur Strafgesetze[19]), sondern auch zivilrechtliche Vorschriften, welche den Schutz eines Anderen bezwecken[20]).

2. Der Verstoß gegen das Gesetz muß auf einem Verschulden beruhen[21]). Die Ersatzpflicht tritt daher auch dann nur im Falle des Verschuldens ein,

---

Schuldverhältnisse S. 111). Daraus daß ein Gesetz den Einzelnen thatsächlich schützt, folgt nicht, daß es seinen Schutz bezweckt. Es kommt darauf an, ob das Gesetz in erster Reihe den Einzelnen oder die Gesammtheit schützen soll. Dann wird an seinem Charakter dadurch nichts geändert, daß das zum Schutze des Einzelnen gegebene Gesetz auch das Interesse der Gesammtheit fördert, oder daß das zum Schutze der Gesammtheit gegebene Gesetz auch dem Einzelnen zu gute kommt. Anderenfalls wäre die ganze Unterscheidung bedeutungslos, da diese Wechselwirkung regelmäßig vorhanden ist. — Den Gegensatz zur Gesammtheit bilden nicht „bestimmte einzelne Interessenten" (Meisner a. a. O.), sondern die Einzelnen überhaupt. Ein Gesetz, das den Schutz aller Einzelnen bezweckt, braucht deshalb noch nicht den Schutz der Gesammtheit zu bezwecken. (Vgl. auch Liszt a. a. O. S. 33 Anm. 1 und unten Anm. 18). Das Verbot, auf öffentlichen Straßen Gruben unverdeckt zu lassen (StrGB. § 67 Nr. 12), bezweckt den Schutz der Einzelnen, seine Verletzung fällt unter § 823 Abs. 2. Das Verbot, Metall- oder Papiergeld nachzumachen (StrGB. §§ 146 ff.), soll die Münzordnung des Staates schützen, nicht den Einzelnen. Dieser kann deshalb, wenn er durch den Empfang eines gefälschten Stückes geschädigt wird, auf Grund des § 823 Abs. 2 einen Schadensersatzanspruch gegen den Fälscher nicht geltend machen. Gesetze, welche in gleicher Weise den Schutz der Gesammtheit und des Einzelnen bezwecken (z. B. die Gesetze über die Verletzung der Eidespflicht), unterstehen gleichfalls dem § 823 Abs. 2.

[18]) Im Einzelnen kann die Abgrenzung Schwierigkeiten bereiten. Solche liegen jedoch nicht vor bezüglich der zum Schutze des Publikums, zur Regelung des öffentlichen und privaten Verkehrs des Publikums erlassenen Polizeiverordnungen. Vielmehr bilden gerade diese ein typisches Beispiel der im Interesse aller Einzelnen und doch nicht der Gesammtheit erlassenen Schutzgesetze (siehe Anm. 17). Sie fallen deshalb auch nach der hier vertretenen Ansicht unter die Vorschrift des § 823 Abs. 2. Eine Polizeiverordnung z. B., welche das Bestreuen der Bürgersteige bei Glatteis vorschreibt, bezweckt den Schutz aller Einzelnen, die alle möglicher Weise zu Schaden kommen können. Dagegen ist die Gesammtheit als solche durch das Glatteis nicht gefährdet, wenigstens kommt die in der etwaigen Häufung der Schadensfälle liegende Gefährdung der Gesammtheit erst in zweiter Reihe in Betracht. Deshalb bedarf es in diesen und in ähnlichen Fällen nicht des auch vom RG. (Bd. 51 S. 178, DJZ. 1902 Nr. 13 S. 321 Nr. 39) eingeschlagenen Umweges über die Vorschrift zum Schutze des Gemeinwohls, die auch dazu diene, den Einzelnen zu schützen, um die Anwendung des § 823 Abs. 2 zu rechtfertigen. Vielmehr bezweckt umgekehrt z. B. die Vorschrift des § 367 Nr. 14 StrGB., wenn sie, wie das RG. (Bd. 51 S. 178) sagt, zum Schutze von Menschen, von Privatgebäuden und des öffentlichen und privaten Verkehrs des Publikums dient, damit in erster Reihe den Schutz der Einzelnen und dient damit auch der Gesammtheit.

[19]) Als Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 sind in der bisherigen Rechtsprechung z. B. anerkannt StrGB. § 367 Nr. 8 (JW. 1902 Beil. 4 S. 220), Nr. 12 (JW. 1902 No. 1, 2 S. 11) und Nr. 14 (RG. Bd. 51 S. 178) sowie die auf Grund des preußischen Gesetzes vom 11. 3. 1850 erlassenen Polizeiverordnungen über das Fegen und Bestreuen der Bürgersteige (DJZ. 1902 No. 13 S. 321 Nr. 39). In Bezug auf Letztere siehe auch unten Anm. 25, 28.

[20]) Ebenso RG. Bd. 51 S. 179 (§ 909), Planck Anm. 3 b zu § 823 S. 612, Crome I § 326 bei Anm. 5 und unter 1, a. M. Cosack I § 163 II, 2a, Oertmann Anm. 3, Kuhlenbeck Anm. 11 zu § 123. — Vgl. z. B. §§ 42 Abs. 2 S. 1, 50—52. Die Verletzung dieser den Schutz der Gläubiger eines Vereins bezweckenden Vorschriften würde auch ohne die ausdrückliche Bestimmung der §§ 42 Abs. 2 S. 2, 53 nach §§ 823 Abs. 2, 830, 840 eine gesammtschuldnerische Haftung der Vorstandsmitglieder und Liquidatoren gegenüber den Gläubigern begründen. Vgl. ferner HGB. §§ 241, Abs. 3—4 und dazu Staub Anm. 22 zu § 241 HGB. — Kein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 ist der § 832 BGB. Hier ist die Schadensersatzpflicht erschöpfend geregelt. Sie kann nicht auch auf § 823 Abs. 2 gestützt werden (RG. Bd. 53 S. 314).

[21]) Siehe oben unter II, 1 S. 882.

wenn ein Verstoß gegen das Gesetz nach dessen Inhalt auch ohne Verschulden möglich ist (§ 823 Abs. 2 S. 2, z. B. bei polizeilichen Vorschriften). Soweit ein Strafgesetz nur die vorsätzliche Handlung mit Strafe bedroht, enthält ein fahrlässiges Handeln keinen Verstoß gegen das Gesetz, es verpflichtet also auch nicht nach § 823 Abs. 2 zum Schadensersatze[22]).

Für die Anwendung des § 823 Abs. 2 kommt es, soweit es sich um einen Verstoß gegen das Strafgesetz handelt, nicht darauf an, ob im gegebenen Falle eine Bestrafung auf Grund des betreffenden Schutzgesetzes erfolgt oder ob sie wegen eines besonderen Strafausschließungsgrundes, z. B. wegen Mangels eines Strafantrags oder wegen Verjährung, nicht erfolgen kann. Genügend aber auch erforderlich ist, daß der objektive und subjektive Thatbestand der Verletzung des betreffenden Strafgesetzes vollständig gegeben ist[23]).

Das Erforderniß des Verschuldens (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) bezieht sich auf den Verstoß gegen das Gesetz, nicht auf die Schadenszufügung[24]).

Soweit sich Jemand bei der Erfüllung des ihm durch ein Schutzgesetz auferlegten Gebots zulässiger Weise eines Anderen bedient, haftet er doch nicht nur nach § 831 für ein Verschulden bei der Auswahl des Anderen oder bei der Leitung der Verrichtung. Da ihm selbst, nicht dem Anderen, die Verpflichtung auferlegt ist, so liegt ein schuldhafter Verstoß gegen das Schutzgesetz nach § 823 Abs. 2 auch vor, wenn er den Anderen bei Ausführung der Verrichtung nicht genügend kontrolliert. Wie weit eine solche Kontrolle zu gehen hat, ist nach den Umständen des einzelnen Falles zu entscheiden[25]).

3. Gleichgültig ist es, welches Rechtsgut durch den Verstoß gegen das Gesetz verletzt wird. Nicht nur die Verletzung der im § 823 Abs. 1 aufgeführten Rechtsgüter, sondern namentlich auch eine Verletzung der Ehre oder eine Verletzung des Vermögens ohne gleichzeitige Verletzung eines bestimmten Rechtes verpflichtet nach § 823 Abs. 2 zum Schadensersatze[26]).

4. Nur dem unmittelbar Geschädigten steht der Anspruch auf

---

[22]) Der zur Unterbringung einer wegen Gebrechlichkeit hülflosen Person Verpflichtete, der diese in hülfloser Lage fahrlässig verläßt (StrGB. § 221 Abs. 1), haftet nicht für einen hierdurch verursachten Vermögensschaden. Ist eine Körperverletzung verursacht, so findet § 823 Abs. 1 Anwendung.

[23]) So zutreffend RG. Bd. 51 S. 376 ff. Liegen z. B. bei einer Beleidigung die Voraussetzungen des § 193 StrGB. vor, so ist eine strafbare Beleidigung nicht vorhanden. § 823 Abs. 2 findet nicht Anwendung.

[24]) RG. in der JW. 1902 No. 1/2 S. 12.

[25]) So z. B. bei der den Hauseigenthümern durch Polizeiverordnung auferlegten Verpflichtung, die Bürgersteige zu fegen und zu bestreuen, die Häuser oder die Straße zu beleuchten und dgl. Vgl. RG. in der DJZ. 1902 Nr. 13 S. 321 Nr. 39, JW. 1902 Beil. 5 S. 221 No. 75, 1903 Beil. 1 S. 9 No. 20 und 22, RG. Bd. 53 S. 53 ff., S. 281. — Das KG. erklärt sogar eine Polizeiverordnung, nach welcher die Beleuchtungspflicht vom Hauseigenthümer mit Zustimmung der Polizeibehörde einem Verwalter übertragen werden kann, für ungültig. (DJZ. 1903 No. 2 S. 56 No. 5).

[26]) Wenn A. wider besseres Wissen behauptet, B. habe gestohlen (StrGB. § 187) und dadurch den C. veranlaßt, dem B. seine Stellung zu kündigen, so ist A. dem B. zum Schadensersatze verpflichtet. — D. hetzt seinen Hund auf E. (StrGB. § 366 Nr 6) und verhindert diesen dadurch eine Zeit lang, seinen Weg zur Eisenbahn fortzusetzen, so daß sich E. einer Droschke bedienen muß, um den Zug noch zu erreichen. Dann muß D. dem E. die Kosten der Droschke erstatten. Nach Eltzbacher a. a. O. S. 279 ff., 284, S. 333 ff. soll auch hier die Verletzung eines Rechtes vorliegen, nämlich des allgemeinen Ausschließungsrechts, „das uns die Gesammtheit unserer Güter Jedermann gegenüber gewährleistet“.

Schadensersatz zu. Unmittelbar geschädigt ist der, dessen Schutz das verletzte Gesetz bezweckt [27]).

Ein Dritter, welcher durch den Verstoß gegen das Gesetz einen Schaden erleidet, kann diesen von dem Handelnden nicht ersetzt verlangen. Hiernach steht dem Versicherer gegen den, der den Versicherten vorsätzlich oder fahrlässig getödtet hat, ein Anspruch auf Schadensersatz wegen vorzeitiger Zahlung der Versicherungssumme oder wegen Verlustes von Prämien auf Grund des § 823 Abs. 2 nicht zu, da die §§ 211 ff. StrGB. den Schutz der Person, nicht den des Versicherers, bezwecken [28]). — Ausnahmen von dieser Regel enthalten die §§ 844, 845 [29]).

§ 826.

β) Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem Anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist ihm zum Ersatze des Schadens verpflichtet (§ 826). In Ansehung der Schadensersatzpflicht steht der Verstoß gegen die guten Sitten dem Verstoße gegen das Gesetz nach Maßgabe des § 826 gleich. Unerheblich für dessen Anwendung ist es, ob die Schadenszufügung in Ausübung eines dem Handelnden zustehenden Rechtes oder „kraft der allgemeinen Freiheit“ [30]) erfolgt. Auch wer in Ausübung eines Rechtes einem Anderen in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zufügt, ist zu dessen Ersatze verpflichtet [31]). Die Vorschrift des § 826 findet hiernach Anwendung auf dem ganzen Gebiete menschlichen Handelns; sie steht als Wächter neben jeder Handlung. Doch gilt auch hier das über § 226 Gesagte: Die Bestimmung ist mit großer Vorsicht zu handhaben, sie bezweckt nicht, die subjektiven Ansichten des Richters an die Stelle fester Rechtsnormen zu setzen [32]). Es ist deshalb an folgenden Voraussetzungen festzuhalten:

[27]) Aus § 823 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 1 ergiebt sich, daß nur dem Anderen, dessen Schutz das Gesetz bezweckt, Schadensersatz zu leisten ist. — Zu Mißverständnissen kann es führen, wenn man davon spricht (Hachenburg S. 427), daß nur der unmittelbare Schaden zu ersetzen ist. Der unmittelbar Geschädigte kann auch den mittelbaren und zufälligen Schaden ersetzt verlangen. Wenn A. den B. um 10,000 Mk. betrügt (StrGB. § 263) und B. dadurch an der rechtzeitigen Erfüllung einer Verbindlichkeit verhindert wird, so daß er in eine Vertragsstrafe von 5000 Mk. verfällt, so kann er auch diesen mittelbaren und zufälligen Schaden ersetzt verlangen.

[28]) Anders E. I § 704 Abs. 1, M. II S. 728. — Der KB. zu § 813a enthält folgendes Beispiel: Ein Violinspieler ist in Folge davon gefallen, daß vor einem Hause die nach einer Polizei-Verordnung nothwendige Streuung unterlassen war. Er hat als der unmittelbar Geschädigte nach § 823 Abs. 2 einen Schadensersatzanspruch. Ein solcher steht den mittelbar Geschädigten nicht zu, also weder dem Wirthe, für dessen Lokal der Violinspieler ein Konzert zugesagt, noch dem Garderobier, da die Polizeivorschrift den Schutz dieser Personen nicht bezweckt.

[29]) Siehe unten § 238 unter I.

[30]) E. I § 705.

[31]) KB. zu § 810 E. IV, RG. Bd. 48 S. 124, Bd. 51 S. 383. § 826 enthält insoweit eine Beschränkung der freien Rechtsausübung, als er an diese eine Schadensersatzpflicht knüpft. Der weitergehenden Ansicht von Planck (zu § 226 S. 279), daß die Rechtsausübung unter den Voraussetzungen des § 826 unzulässig, die Handlung also widerrechtlich ist, kann nicht zugestimmt werden. Wann die Ausübung eines Rechtes unzulässig ist, bestimmt ausschließlich § 226. Daraus, daß die Rechtsausübung im Falle des 826 zu den unerlaubten Handlungen im Sinne des BGB. gehört, folgt noch nicht, daß sie widerrechtlich ist (siehe S. 881 Anm. 2). Die Ausübung des Rechtes ist im Falle des § 826, falls nicht gleichzeitig die Voraussetzungen des § 226 vorliegen, eine rechtmäßige (Schadensersatzpflicht aus einer vorsätzlichen rechtmäßigen Handlung). Gegen eine solche Rechtsausübung ist deshalb eine Nothwehr (§ 227) nicht zulässig. Ebenso Oertmann in der DJZ. 1903 No. 14 S. 325 ff.

[32]) Siehe oben S. 275 und M. II S. 727: „Die Handhabung des Prinzips erfordert allerdings Umsicht und Behutsamkeit, indessen darf darauf vertraut werden, daß die Gerichte die Aufgabe zu lösen wissen werden.“

1. Die Schadenszufügung muß einen **Verstoß gegen die guten Sitten enthalten.** Ein solcher Verstoß liegt einerseits nicht nur bei einer Verletzung der Sittlichkeit [33]), andererseits nur bei solchen Handlungen vor, welche den in der Gegenwart **allgemein** geltenden Sittenanschauungen widersprechen [34]) [35]). Die Verletzung eines Gesetzes enthält nicht unbedingt gleichzeitig einen Verstoß gegen die guten Sitten. Ob ein solcher vorliegt, ist Frage des einzelnen Falles [36]). In allen Fällen verstößt gegen die guten Sitten ein arglistiges Handeln gegen Treu und Glauben (die illoyale Handlung) [37]), so daß das

---

[33]) Vgl. Prot. I S. 124.

[34]) Vgl. hierzu RG. Bd. 48 S. 124 ff. Beispielsweise wird **unter Umständen** gegen die heute gültigen Sittenanschauungen verstoßen die Schädigung eines Anderen durch Bildung geschäftlicher Ringe zur Vertheuerung nothwendiger Lebensbedürfnisse (Endemann I § 103 a unter 8) oder durch sogenannte Börsenschwänzen. In der Rechtsprechung ist zutreffend der § 826 z. B. angewendet auf eine wissentlich falsche Auskunftsertheilung (JW. 1902 Beil. 13 S. 276 Nr. 219, siehe auch oben § 187 Anm. 5 S. 705), auf die Verwendung des zur Einlösung eines Wechsels von einem Regreßpflichtigen gezahlten Geldes zu anderen Zwecken im eigenen Vortheile, wenn auch in einer an sich nicht widerrechtlichen Weise (JW. 1903 Beil. 7 S. 60 Nr. 139), im Lohnkampfe zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern auf Handlungen, welche zum Zwecke oder Erfolge haben, den Gegner **dauernd** erwerbsunfähig und brotlos zu machen, nicht aber auf Maßregeln, die ihm nur für die Dauer des Lohnkampfes die Erwerbsmöglichkeit in dem betreffenden Geschäftszweige abschneiden und ihn hierdurch zum Nachgeben nöthigen sollen. Geschäftssperre, Boykott, Verrufserklärung **können** in das Gebiet des § 826 fallen. Das Aufstellen einer schwarzen Liste enthält nicht immer und nothwendig eine Verrufserklärung (RG. Bd. 51 S. 381 ff.). Als nicht gegen die guten Sitten verstoßend ist es angesehen worden, wenn Arbeitgeber oder Arbeitnehmer auch ohne unmittelbares eigenes Interesse in einem Lohnkampfe zwischen anderen Arbeitgebern und Arbeitnehmern zur Unterstützung der einen oder der anderen Partei eingreifen (Sympathiestreik, Erzwingung der Wiederannahme Entlassener durch Streik, Ablehnung von Streikbrecherarbeit) (RG. in der DJZ. 1903 Nr. 10 S. 249 Nr. 51 und Bd. 54 S. 255 ff.).

[35]) Gegen die guten Sitten kann ein **Unterlassen** auch in Fällen verstoßen, in denen eine Rechtspflicht zum Handeln nicht vorliegt. A., der mit B. verfeindet ist, erfährt zufällig, daß ein Einbruch bei B. geplant ist. Er gönnt ihm den Schaden und macht ihm deshalb von dem Plane keine Mittheilung. Wird B. beraubt, so hat ihm A. in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zugefügt.

[36]) Ein Zeitungsredakteur, welcher als Zeuge in einer Privatklagesache entgegen den Vorschriften über die Zeugnißpflicht den Namen des Verfassers des beleidigenden Artikels nicht angiebt, handelt nicht gegen die guten Sitten, die ihm vielmehr die Benennung des Verfassers verbieten. Er kann also nicht auf Grund des § 826 auf Ersatz der dem Kläger auferlegten Kosten in Anspruch genommen werden. Auch der Fall des § 823 Abs. 2 liegt nicht vor, da die Bestimmungen über die Zeugnißpflicht im staatlichen Interesse gegeben sind.

[37]) Gegen Verstöße wider die guten Sitten im geschäftlichen Leben richtet sich das Gesetz betreffend den unlauteren Wettbewerb vom 27. 5. 1896. Daneben greifen die §§ 823 ff. und insbesondere der § 826 ergänzend ein. (Vgl. Pinner, das Reichsgesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes, Berlin 1903, S. 169 ff., Oertmann in der DJZ. 1903 Nr. 14 S. 328, RG. Bd. 48 S. 119). Beispielsweise enthält es nach der reichsgerichtlichen Rechtsprechung einen Verstoß gegen § 826, wenn Jemand in seinem Schaufenster eine Waare ausstellt in der Absicht, durch diese Kunden anzulocken, den Kunden aber dann vom Ankaufe der ausgestellten Waare abzuraten und ihnen andere Waare zu empfehlen (JW. 1903 Beil. 1 S. 11 No. 23), oder wenn Jemand, um der von einem Anderen begonnenen oder beabsichtigten Herausgabe einer Zeitung den Postvertrieb abzuschneiden, unter dem von diesem benutzten oder in Aussicht genommenen Namen eine Zeitung bei der Post anmeldet, deren wirkliche Herausgabe er nicht beabsichtigt und nicht zur Ausführung bringt (RG. Bd. 53 S. 171 ff., 179). Sehr weit geht die Entscheidung des RG. Bd. 48 S. 114 ff., 127, in der auf Grund des § 826 für eine Dampfschiffahrtsgesellschaft eine Art Transportzwang angenommen wird. Auch wo eine Zwangspflicht zum Abschlusse von Transportverträgen nicht besteht, wird es als gegen die guten Sitten verstoßend erklärt, wenn die Gesellschaft zu dem Zwecke, eine ihr un-

ganze Gebiet der gemeinrechtlichen actio und exceptio doli dem § 826 untersteht [38]). Insbesondere verpflichtet auch die Abtretung oder der Erwerb einer Forderung zu dem Zwecke, dem Schuldner eine gegen den dritten Erwerber nicht zulässige Einrede abzuschneiden (vgl. z. B. § 796), nach § 826 zum Schadensersatze [39]).

Durch die Ausübung eines Rechtes wird in vielen Fällen dem Verpflichteten ein Schaden zugefügt. Diese Schadenszufügung verstößt nicht gegen die guten Sitten, vielmehr gebieten diese in erster Reihe, ebenso wie die Rechtsordnung, einen solchen Schaden zu dulden. Selbst die rücksichtslose Ausübung eines Rechtes fällt danach an sich nicht unter die Vorschrift des § 826. Nur unter ganz besonderen Umständen wird sie einen Verstoß gegen die guten Sitten enthalten [40]).

2. Die Schadenszufügung muß eine vorsätzliche sein. Ausnahmsweise steht im Falle des § 826 die Fahrlässigkeit dem Vorsatze nicht gleich. Während ferner im Falle des § 823 Abs. 2 sich das Erforderniß des Verschuldens auf den Verstoß gegen das Gesetz bezieht [41]), muß hier der Vorsatz auf die Schadenszufügung, nicht auf den Verstoß gegen die guten Sitten, gerichtet sein. Der Handelnde muß die Entstehung eines Schadens (nicht dessen Umfang) voraus sehen.

3. Welches Rechtsgut verletzt wird, ist auch hier gleichgültig [42]). § 826 ist von praktischer Bedeutung namentlich für den Fall der Beschädigung des Vermögens ohne Verletzung eines bestimmten Rechtes (§ 823 Abs. 1).

4. Der Schadensersatzanspruch steht auch im Falle des § 826 nur dem unmittelbar Geschädigten zu.

Unmittelbar geschädigt ist der, gegen den der Vorsatz des Handelnden gerichtet ist (§ 826: Wer einem Anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem Anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet) [43]).

---

bequeme Konkurrenz zu verdrängen, Einzelne von den dem Publikum sonst dargebotenen Transportbedingungen ausschließt. — Ein Verstoß gegen die guten Sitten liegt nicht vor, wenn ein Angestellter nach seiner Entlassung die Erfahrungen und Kenntnisse, die er als Angestellter gewonnen hat, für sein eigenes Geschäft verwerthet (JW. 1903 Beil. 7 S. 60 No. 139).

[38]) Siehe oben § 39 unter 6 S. 154.

[39]) Die Schadensersatzpflicht des arglistig handelnden Erwerbers bewirkt nach § 249 S. 1, daß die Einrede dem Schuldner auch gegen den Erwerber zusteht. Hatte der Abtretende allein arglistig gehandelt und ist der Schuldner zur Zahlung an den Erwerber gezwungen worden, so ist der Veräußerer verpflichtet, dem Schuldner den Schaden zu ersetzen, der ihm durch die Entziehung der Einrede entstanden ist. RG. Bd. 51 S. 359 ff.

[40]) Siehe z. B. oben § 68 Anm. 12 S. 279. Die Annahme, daß die Ausübung eines Rechtes nur dann gegen die guten Sitten verstößt, wenn sie nach § 226 unzulässig ist (Planck zu § 226 S. 279), dürfte nicht zu begründen sein. Die Schadensersatzpflicht (§ 826) geht vielmehr weiter als die Widerrechtlichkeit (§ 226, vgl. Anm. 31 S. 887). Ein Vermiether kann an der Vollstreckung eines Räumungsurtheils ein Interesse haben, so daß der Fall des § 226 nicht vorliegt, sich aber trotzdem unter Umständen durch die Vollstreckung nach § 826 schadensersatzpflichtig machen. Vgl. hierzu Oertmann in der DJZ. 1903 No. 14 S. 326.

[41]) Siehe S. 886 unter 2. — Ueber „Vorsatz" siehe oben § 33 unter 3 a S. 138. Es ist nicht die Absicht zu schädigen nothwendig, vielmehr genügt das Bewußtsein, daß ein Schaden entstehen wird.

[42]) Siehe oben S. 886 unter 3. Hier genügt z. B. zur Begründung der Schadensersatzpflicht auch die Beeinträchtigung einer bloßen Erwerbsaussicht, des Kundschaftsverhältnisses. RG. Bd. 48 S. 124.

[43]) Wenn in dem Falle S. 888 Anm. 35 bei dem Einbruche Sachen gestohlen werden, die dem C. gehören, so kann C. einen Schadensersatzanspruch gegen A. nicht geltend machen.

b) Schutz bestimmter Rechtsgüter.

In anderen als den unter a erörterten Fällen (§§ 823 Abs. 2, 826) ist nicht der gesammte Rechtskreis der Person geschützt, vielmehr verpflichtet nur die Verletzung der durch das Gesetz bezeichneten Rechtsgüter zum Schadensersatze. Andere Eingriffe in den Rechtskreis eines Anderen sind erlaubt. Jeder ist berechtigt, seine Interessen auch unter Beschädigung eines Anderen zu verfolgen, soweit dem nicht die Vorschriften über die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen entgegenstehen[44].

§ 823 Abs. 1. α) In allen Fällen verpflichtet unter den Voraussetzungen des Verschuldens und der Widerrechtlichkeit zum Schadensersatze die Verletzung absoluter subjektiver Rechte (§ 823 Abs. 1). Es liegt im Begriffe des absoluten Rechtes, daß es jeder Dritte achten muß und nicht verletzen darf[45]. Zu den absoluten Rechten gehören Eigenthum[46], dingliche Rechte, Besitz[47], die Familienrechte, die sogenannten Immaterialrechte (die Rechte auf die geistigen Erzeugnisse, das Namensrecht) sowie in Ansehung der Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen auch Leben, Körper, Gesundheit und Freiheit[48] (§ 823 Abs. 1). Unter die Vorschrift des § 823 Abs. 1 fallen alle durch das Privatrecht oder das öffentliche Recht[49] gewährleisteten absoluten Rechte. Geschützt sind aber nur wirkliche subjektive Rechte, nicht die einer solchen Rechtsnatur ermangelnden Befugnisse oder Fähigkeiten, welche zufolge der allgemeinen Freiheit Jedermann zukommen, nicht

[44]) Es ist festzuhalten, daß hier überall nur von außerkontraktlichen Handlungen die Rede ist. Kontraktswidrige Handlungen folgen besonderen Grundsätzen (siehe oben unter I, 3 S. 882).

[45]) M. II S. 726.

[46]) Eine unter § 823 Abs. 1 fallende Verletzung des Eigenthums liegt auch dann vor, wenn ein pfändender Gläubiger, obwohl ein Interventionsanspruch erhoben und genügend glaubhaft gemacht ist, die Pfandsache versteigern läßt. So zutreffend KG. in Bl. f. R. 1903 No. 6 S. 57.

[47]) Daß auch der Besitz zu den Rechten im Sinne des § 823 Abs. 1 gehört, kann als die herrschende Meinung bezeichnet werden. A. M. Planck Anm. 2a zu § 823 S. 608.

[48]) Siehe oben § 25 Anm. 16 S. 118. — Eine Verletzung des Lebens bilden alle Fälle der Tödtung, eine Verletzung des Körpers jede Verletzung eines Theiles des menschlichen Körpers, eine Verletzung der Gesundheit jede Störung der Funktionen des Körpers (ohne äußere Verletzung eines Theiles) durch physische oder psychische Einwirkungen. So Planck Anm. 2a zu § 823, Oertmann Anm. 2 zu § 823, Crome II § 325 II, Eltzbacher a. a. O. S. 316 ff. Eine Verletzung der Freiheit liegt nicht nur in der gänzlichen Entziehung der persönlichen Freiheit (z. B. einer Einsperrung), sondern in jeder Verletzung der ungestörten Willensbestimmung (Liszt a. a. O. S. 24). Darunter fällt aber naturgemäß nicht schon jede die freie Willensbestimmung eines Anderen irgendwie beeinflussende Einwirkung (RG. Bd. 48 S. 123). — Zu den durch § 823 Abs. 1 geschützten Rechtsgütern gehört nicht die Ehre, deren Verletzung nur nach §§ 823 Abs. 2, 824 schadensersatzpflichtig macht (anders E. I § 704 Abs. 2 S. 2). Die entgegengesetzte Ansicht (Endemann I § 200 Anm. 28, Dernburg II § 383 II, 1, § 390 III, Eltzbacher a. a. O. S. 314 Anm. 1) ist nicht haltbar, nachdem die Ehre ausdrücklich im § 823 Abs. 1 gestrichen worden ist. § 842 kommt nicht in Frage, da er nur den Umfang, nicht die Begründung der Schadensersatzpflicht regelt (vgl. auch KB. zu § 807 E. IV und RG. Bd. 51 S. 374).

[49]) Liszt a. a. O. S. 26, Dernburg II § 383 Anm. 6, Crome II § 325 Anm. 33. Bei der Verletzung öffentlicher Rechte ist aber die Vorschrift des § 253 zu beachten. — In dem von Liszt a. a. O. gegebenen und vielfach wiederholten Beispiele (A. verhindert den Wahlmann B., sich mit dem fahrplanmäßigen Zuge an den Wahlort zu begeben. B. ist in Folge dessen genöthigt, einen Extrazug zu nehmen) liegt eine Verletzung des Wahlrechts garnicht vor. B. kann von A. Erstattung der Kosten des Extrazugs nur verlangen, wenn in dem Verhalten des A. eine Verletzung der Freiheit des B. liegt (siehe Anm. 48) oder auf Grund des § 823 Abs. 2, wenn sich B. eines Vergehens gegen StrGB. § 107 schuldig gemacht hat.

also z. B. schon die Befugniß zu ungehinderter Verwerthung der Arbeitskraft, nicht eine bloße Erwerbs aussicht, wohl aber ein bestehender selbständiger Gewerbebetrieb [50]). Soweit die Verletzung der unter § 823 Abs. 1 fallenden Rechtsgüter gleichzeitig einen Verstoß gegen ein den Schutz des Anderen bezweckendes Gesetz enthält, sind sie schon durch § 823 Abs. 2 geschützt. Die Bedeutung des § 823 Abs. 1 besteht darin, daß er bei Verletzung absoluter Rechte den Schutz auf die Fälle ausdehnt, in denen ein Verstoß gegen ein solches Gesetz nicht vorliegt [51]) [52]).

Nicht schadensersatzpflichtig nach § 823 Abs. 1 macht die Verletzung obligatorischer Rechte durch einen Dritten und die Verursachung eines Vermögensschadens ohne Verletzung eines subjektiven Rechtes [53]). Die Frage, ob obligatorische Rechte dem Schutze des § 823 Abs. 1 unterstehen, ist aus dem Wortlaute des Gesetzes [54]) oder aus seiner Entstehungsgeschichte [55])

---

[50]) RG. Bd. 51 S. 372 ff. Geschützt ist z. B. der Betrieb einer Klinik durch einen Arzt. RG. in der JW. 1902 Beil. 6 S. 228 No. 80. Vergl. Oertmann in der DJZ. 1899 No. 5 S. 93 ff. Ueber den Schutz des Gewerbebetriebs gegen unlauteren Wettbewerb siehe oben Anm. 37 S. 888. — Sehr bedenklich erscheint die Entscheidung des RG. Bd. 50 S. 195, nach der eine unerlaubte Handlung im Sinne des § 823 Abs. 1 vorliegen soll, wenn Jemand vorsätzlich oder fahrlässig verursacht, daß ein Anderer von der rechtlichen Befugniß keinen Gebrauch macht, durch Annahme eines ihm zugegangenen Vertragsantrags den Vertrag zu Stande zu bringen und damit den Anspruch aus dem Vertrage zu begründen. Es ist nicht ersichtlich, welches subjektive absolute Recht hier verletzt sein soll. Ein Schadensersatzanspruch würde in diesem Fall nur unter den Voraussetzungen des § 826 begründet sein. Siehe auch oben § 84 Anm. 15 S. 322.

[51]) Z. B. haftet der Eigenthümer eines Gebäudes oder eines anderen Raumes wegen deren Nichtbeleuchtung, wenn in ihnen ein Verkehr eröffnet ist, auch ohne besondere Schutzvorschrift (RG. in der JW. 1903 Beil. 7 Nr. 58 S. 137), ebenso wegen Nichtreinigens von Einfahrten, Höfen und anderen der gemeinsamen Benutzung der Hausbewohner dienenden Grundstückstheilen (RG. in Gruchot Bd. 47 S. 646). Ueber die Haftung der zur Unterhaltung einer Straße Verpflichteten vgl. Gruchot Bd. 46 S. 928 ff., Bd. 47 S. 108 ff., RG. Bd. 54 S. 53 ff., über die Verpflichtung eines Eisenbahnunternehmers zur Beleuchtung der Bahnanlagen und der Zufahrtsstraßen RG. Bd. 53 S. 53.

[52]) Eine fahrlässige rechtswidrige Beschädigung oder Zerstörung einer fremden Sache würde nach § 303 StrGB., § 823 Abs. 2 BGB. nicht schadensersatzpflichtig machen, sie unterliegt aber der Vorschrift des § 823 Abs. 1. Für die Anwendung des Letzteren werden vielfach fahrlässige Handlungen in Frage kommen, wo das Strafgesetz nur die vorsätzliche Handlung mit Strafe bedroht, sowie die Fälle, in denen zivilrechtlich eine Widerrechtlichkeit vorliegt, obwohl das Strafgesetz eine solche verneint (vgl. z. B. Anm. 22 S. 886, siehe auch oben § 68 unter II, 6 S. 282 ff.). Ein Beispiel der Schadensersatzpflicht wegen fahrlässig falscher Anschuldigung (vgl. StrGB. § 164) giebt die gemeinrechtliche Entscheidung des RG. Bd. 22 S. 298 ff. Der in dieser ausgesprochene Satz, daß nicht nur die Vernichtung, endgültige Entziehung oder Beschädigung der Sache (actio legis Aquiliae), sondern auch die zeitweise Beeinträchtigung in der Ausübung des dinglichen Rechtes (actio in factum) schadensersatzpflichtig mache, gilt auch für das BGB. Eine Verletzung des Eigenthums liegt stets vor, wenn der Eigenthümer verhindert wird, mit der Sache nach Belieben zu verfahren und Andere von jeder Einwirkung auszuschließen (§ 903).

[53]) A. verletzt das obligatorische Recht des B. aus dem Kaufvertrage mit C. durch Zerstörung der gekauften Sache. — D. fügt dem E. einen Vermögensschaden zu, indem er ihn dadurch zum Kaufe eines Ringes von F. veranlaßt, daß er den Ring aus Fahrlässigkeit fälschlich für echt erklärt. — Daß nicht die bloße Beschädigung des Vermögens zum Schadensersatze verpflichtet, ergiebt der Wortlaut des § 823 Abs. 1, nach dem die Verletzung eines Rechtes erforderlich ist. Vgl. auch RG. Bd. 51 S. 93: „Der Satz, daß man allgemein für fahrlässig verursachten Vermögensschaden haftet, ist dem BGB. fremd."

[54]) „Wer . . . das Eigenthum oder ein sonstiges Recht . . . verletzt." Unter „Recht" kann an sich jedes subjektive Recht, auch das obligatorische, verstanden werden. Die Anschließung der Klausel „oder ein sonstiges Recht" an „das Eigenthum" kann bedeuten, daß jedes subjektive Recht, aber auch nur, daß jedes absolute Recht gemeint ist. Im § 437 bezieht sich dieselbe Klausel hauptsächlich auf die absoluten Urheberrechte,

allein nicht zu beantworten[56]). Entscheidend ist das Wesen des obligatorischen Rechtes, das ein Rechtsverhältniß nur zwischen bestimmten Personen begründet. Während das absolute Recht von Niemandem verletzt werden darf, erzeugt das obligatorische Recht Verpflichtungen nur für den Schuldner, ein Dritter ist zu dessen Achtung grundsätzlich nicht verpflichtet[57]). Demgegenüber hätte es einer ausdrücklichen und klaren Bestimmung bedurft, um im Gegensatze zu dem bisherigen Rechtszustande[58]) die Verletzung obligatorischer Rechte der Schadensersatzpflicht des § 823 Abs. 1 zu unterstellen[59]). Aus der einschränkenden Auslegung dieser Vorschrift folgt nicht, daß obligatorische Rechte schutzlos sind. Ist deren Verletzung die Folge eines Verstoßes gegen ein den Schutz des Berechtigten bezweckendes Gesetz, so findet § 823 Abs. 2 Anwendung[60]). Ferner

---

ebenso „oder ein anderes Recht" in den §§ 365, 413. Im § 1522 bezeichnet „Recht" dingliche und obligatorische Rechte u. s. w. Es ist danach im Einzelfalle festzustellen, welche „Rechte" die gesetzliche Vorschrift treffen will.

[55]) Der dem § 823 Abs. 1 entsprechende § 704 Abs. 2 E. I („Hat Jemand . . . das Recht eines Anderen verletzt") verstand unter Recht nach M. II S. 726, 728 ausschließlich das absolute Recht. E. II § 746 Abs. 1 hat am Wortlaute wesentliches nicht geändert („Wer . . . ein Recht eines Anderen . . . verletzt"); auch geht aus den Berathungen nicht hervor, daß inhaltlich etwas geändert werden sollte. Die von Meisner (a. a. O. Anm. 32 zu § 823 S. 290) angeführte Aeußerung, der Rechtskreis des Einzelnen umfasse seine dinglichen wie obligatorischen Vermögensrechte, besagt nicht, daß die Verletzung der letzteren schadensersatzpflichtig machen solle. Daß die Redaktionskommission, von der die jetzige Fassung berührt, eine materielle Aenderung der Vorschrift beabsichtigt habe, ist schon in Rücksicht auf die ihr gestellte Aufgabe nicht anzunehmen. Auf der anderen Seite ist bemerkenswerth, daß bei der Revisionslesung ein Mitglied der Besorgniß Ausdruck gab, es könne nach der jetzigen Fassung fraglich erscheinen, „ob alle Rechtsgüter gedeckt seien; die Schlußklausel, „oder ein sonstiges Recht" schließe sich an „Eigenthum" an und könne daher enger verstanden werden." Eine Entgegnung hierauf ist nicht erfolgt. (Prot. VI S. 201.)

[56]) Auch der Hinweis auf §§ 844, 845 (Schollmeyer a. a. O. S. 110) ist für die Ausschließung obligatorischer Rechte nicht beweiskräftig. Diese Vorschriften waren erforderlich, um ausnahmsweise dem mittelbar Geschädigten einen Anspruch zu gewähren.

[57]) Vgl. Planck II S. 3, Endemann I §§ 95, 96, 5 a, Cosack I § 80, 1 a, Stammler a. a. O. S. 9 ff., siehe oben § 25 unter II S. 116 ff.

[58]) Vgl. für das Preußische Recht Dernburg PP. II § 297 Anm. 12, Eccius I § 89, Rehbein, die Entscheidungen des Preußischen Obertribunals (erste Auflage) I S. 577 Anm., ROHG. Bd. 13 S. 426, für das gemeine Recht RG. Bd. 9 S. 165, Bd. 21 S. 173, Bd. 22 S. 138.

[59]) Gegen den Schutz obligatorischer Rechte: Endemann I § 200 unter 1 c, Schollmeyer a. a. O. S. 109—110, Planck Anm. 2 a zu § 823, Dernburg II § 383 II, 2, Oertmann Berliner Festgabe für Dernburg S. 63 ff. und Anm. 3 c β zu § 823, Neumann Anm. B. V, 2 zu § 823, Crome I § 325 II, 4, Jung a. a. O. S. 25, 30, Linckelmann a. a. O. S. 20 ff., Eltzbacher a. a. O. S. 268 ff., Titze, die Unmöglichkeit der Leistung (1900) S. 331 ff. Dafür: Meisner Anm. 32 zu § 823, Kuhlenbeck Anm. 8 c zu § 823, Cosack I § 123 I, 1 a, Liszt a. a. O. S. 21. — Auf die Verletzung des obligatorischen Rechtes ausnahmsweise den § 823 Abs. 1 anzuwenden, wenn ein Dritter unmittelbar in das Recht selbst eingreift (z. B. durch Zerstörung des Inhaberpapiers, der Anerkenntnißurkunde, durch Annahme der Leistung seitens des bisherigen Gläubigers einer abgetretenen Forderung, § 407, u. s. w.) oder wenn die Gefahr der geschädigten Sache auf den obligatorisch Berechtigten übergegangen ist (Endemann I § 200 Anm. 10, 11, Planck a. a. O., Crome § 325 II, 4), entspricht weder der Folgerichtigkeit noch einem in diesen Fällen erhöhten praktischen Bedürtnisse. Bei Zerstörung der Urkunden folgt die Schadensersatzpflicht aus der Verletzung des Eigenthums an der Urkunde (vgl. § 952, D. S. 143 bis 144, siehe oben § 30 Anm. 4 S. 128) oder des Besitzes, nicht des obligatorischen Rechtes. Auch beim Uebergange der Gefahr wird vielfach eine Verletzung des Besitzes vorliegen; anderenfalls ist der Berechtigte allerdings hier wie sonst nur unvollkommen geschützt; vgl. Anm. 61.

[60]) Wenn A. den B. durch Drohung nöthigt, dem C. seine Schuld zu erlassen (StrGB. § 253), so ist A. nach § 823 Abs. 2 zum Schadensersatze verpflichtet.

ist der Berechtigte gegen eine vorsätzliche Schädigung seines Rechtes genügend durch § 826 geschützt. Auch bieten ihm bei Verletzung des geschuldeten Gegenstandes die Vorschriften der §§ 281, 323 Abs. 2 einigen Ersatz für den Schadensersatzanspruch[61]).

Berechtigt zum Schadensersatzanspruch ist auch im Falle des § 823 Abs. 1 nur der unmittelbar Geschädigte. Unmittelbar geschädigt ist der, gegen dessen Recht der Vorsatz oder die Fahrlässigkeit des Handelnden gerichtet ist[62]).

§ 824.

β) Die Verletzung der Ehre eines Anderen unterliegt nicht der Vorschrift des § 823 Abs. 1[63]). Sie verpflichtet zum Schadensersatze nur unter den Voraussetzungen des § 823 Abs. 2. Danach begründen sowohl die vorsätzliche wie fahrlässige Verleumdung (§§ 187, 186 StrGB.) und die vorsätzliche Kreditgefährdung (§ 187 StrGB.) einen Schadensersatzanspruch, nicht aber die fahrlässige Kreditgefährdung. Ergänzend bestimmt § 824 Abs. 1, daß die wahrheitswidrige Behauptung oder Verbreitung einer Thatsache (z. B. Zahlungsunfähigkeit), die geeignet ist, den Kredit eines Anderen zu gefährden oder sonstige Nachtheile für dessen Erwerb oder Fortkommen (z. B. seine Anstellung) herbeizuführen, zum Ersatze des dem Anderen daraus entstehenden Schadens auch dann verpflichtet, wenn zwar die Behauptung oder Verbreitung nicht wider besseres Wissen erfolgte, aber doch die Unkenntniß von der Unwahrheit auf Fahrlässigkeit beruhte[64]). Wenn der Mittheilende oder der Empfänger der Mittheilung an dieser ein berechtigtes Interesse hat, so haftet er nur für Vorsatz; bei fahrlässiger Unkenntniß von der Unwahrheit der Mittheilung tritt in diesem Falle die Schadensersatzpflicht nicht ein (§ 824 Abs. 2, vergl. StrGB. § 193)[65]). Berechtigte Interessen sind diejenigen, deren Wahrnehmung rechtlich erlaubt ist,

---

[61]) Irrig ist es, daß diese Vorschriften die Schadensklage vollständig ersetzen (Schollmeyer a. a. O. S. 110). Wenn A. das Pferd des B. tödtet, das C. für 500 Mk. gekauft und für 700 Mk. weiter verkauft hatte, so kann C. wohl nach den §§ 281, 323 Abs. 2 Herausgabe des von A. an B. gezahlten Ersatzes, nicht aber Ersatz des entgangenen Gewinnes verlangen.

[62]) „Wer . . . das Leben u. s. w. eines Anderen . . . verletzt, ist dem Anderen zum Ersatze . . . verpflichtet." Hält man hieran fest, so wird die Anwendung des § 823 Abs. 1 auf obligatorische Rechte nur eine beschränkte sein, auch wenn man ihnen an sich den Schutz dieses Gesetzes gewährt. Im Falle der Anm. 61 würde A. dem C. nur haften, wenn er gewußt hätte oder hätte wissen müssen, daß C. das Pferd gekauft hatte. — Ebenso würde sich die Haftung bei Schädigung einer Versicherungsgesellschaft durch Tödtung einer versicherten Person gestalten. Wenn der Thäter nicht wußte oder wissen mußte, daß der Getödtete versichert war, so kann eine vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung des Rechtes der Versicherungsgesellschaft nicht vorliegen. Uebrigens kann es sich nur um den Verlust des Rechtes auf Prämienzahlung handeln. Wird (z. B. bei einer prämienfreien Police) die Gesellschaft nur dadurch geschädigt, daß sie die Versicherungssumme vorzeitig zahlen muß, so ist ein subjektives Recht nicht verletzt, § 823 Abs. 1 also schon deshalb nicht anwendbar. Dies ist auch in anderen Fällen zu beachten. Wenn ein Dritter dadurch geschädigt ist, daß der Getödtete seine Absicht, ihn zum Erben einzusetzen, nicht ausführen konnte, so ist ein Recht des Dritten nicht verletzt. Erfolgte die Tödtung in der Absicht, die Einsetzung des Dritten zu verhindern, so wird § 826 Anwendung finden.

[63]) Siehe oben Anm. 48 S. 890.

[64]) Ueber die Beweislast siehe unten Anm. 75, über den Umfang der Schadensersatzpflicht § 238 unter III.

[65]) Diese Bestimmung schützt die private wie gewerbsmäßige Auskunftsertheilung, insbesondere die Auskunftsbureaus. Daß die Auskunft erfordert ist, ist nicht Voraussetzung für die Anwendung des § 824 Abs. 2. Dieser enthält eine Einschränkung des § 823 Abs. 2, insoweit er die Schadensersatzpflicht wegen eines Verstoßes gegen § 186 StrGB. ausschließt.

welche weder dem Rechte noch den guten Sitten zuwiderlaufen[66]). Das Interesse muß ein objektiv berechtigtes sein, die subjektive irrige Annahme eines solchen genügt für die Anwendung des § 824 Abs. 2 nicht[67]).

§ 825. γ) Die Verletzung der Geschlechtsehre weiblicher Personen begründet einen Schadensersatzanspruch gleichfalls nur nach Maßgabe des § 823 Abs. 2 (vergl. StrGB. §§ 176, 177, 179, 182, 235—237). Liegt eine strafbare Handlung nicht vor, so ist allein auf Grund der Verführung zum Beischlafe der Verführten ein Schadensersatzanspruch nicht gegeben. Das BGB. erweitert im § 825 den Schutz weiblicher Personen, indem es den für schadensersatzpflichtig erklärt, der eine Frauensperson durch Hinterlist (vergl. StrGB. §§ 181, 223a)[68]), durch Drohung oder durch Mißbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses[69]) zur Gestattung der außerehelichen Beiwohnung[70]) bestimmt. Geschützt ist hier nicht nur die Geschlechtsehre, sondern die Freiheit der Person in der Bestimmung über sich selbst. Der Schadensersatzanspruch aus § 825 steht daher auch der bescholtenen Frauensperson zu[71]).

4. Durch die Handlung muß ein Schaden verursacht sein. Daß es ein Vermögensschaden ist[72]), ist nicht erforderlich. Die Ersatzpflicht wird unter den sonstigen Voraussetzungen auch durch jede Verschlechterung des Zustandes einer Person in Ansehung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit, der Ehre begründet. Nur die Art, wie Schadensersatz zu leisten ist, ist letzteren Falles dadurch eingeschränkt, daß für einen nicht vermögensrechtlichen Schaden eine Geldentschädigung nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden kann (§§ 253, 847).

Ist durch die die Ersatzpflicht begründende Handlung ein Schaden entstanden, so ist jeder Schaden zu ersetzen, welcher mit der Handlung in ursächlichem Zusammenhange steht, mag er durch die Handlung unmittelbar oder

---

[66]) RG. Bd. 51 S. 378; vgl. auch RG. in Straff. Bd. 15 S. 15 ff. Bd. 25 S. 355, Bd. 26 S. 76.

[67]) RG. Bd. 51 S. 379. Hier wird als objektiv berechtigtes Interesse das Interesse der Arbeitgeber angesehen, von ihren Betrieben Arbeiter fern zu halten, welche nur, weil sie des Glaubens sind, der Arbeitgeber habe ihnen gegenüber sein Wort gebrochen, ohne weiteres zu Ausständen schreiten, um ihr vermeintliches Recht durchzusetzen. (S. 380.)

[68]) Z. B. Vorspiegelung falscher Thatsachen, Verabreichung berauschender Getränke, ohne daß die Voraussetzungen der Strafbarkeit (StrGB. §§ 177, 179) vorliegen.

[69]) Es kann auch ein rein thatsächliches sein, z. B. ein durch fortlaufende Unterstützungen begründetes. Fischer-Henle Anm. 4, Oertmann Anm. 1a zu § 825.

[70]) Schwängerung ist nicht Voraussetzung für die Anwendung des § 825. Ueber den Deflorationsanspruch der unbescholtenen Verlobten siehe § 1300, vgl. ferner § 1715.

[71]) Ebenso Schollmeyer a. a. O. S. 112, Endemann § 200 Anm. 37, Planck Anm. 2a, Oertmann Anm. 1b zu § 825. Da es sich im § 825 nur um den durch die außereheliche Beiwohnung verursachten Schaden handelt, wird bei bescholtenen Personen ein Schaden selten in Frage kommen. Das Beispiel von Schollmeyer a. a. O. (eine Dame der Halbwelt wird durch Hingabe eines falschen Hundertmarkscheins zu dem Geschlechtsverkehre bestimmt) ist schlecht gewählt. Der Verlust der 100 Mark ist keine Folge der außerehelichen Beiwohnung; ein anderer Schaden wird durch diese meist nicht entstanden sein.

[72]) Endemann I § 201, 1, Stammler a. a. O. S. 114. Gegenüber dem vielfach verbreiteten Irrthume, daß ein anderer Schaden nicht zu ersetzen ist, sei wiederholt darauf hingewiesen, daß Schadensersatz durch Wiederherstellung des früheren Zustandes (§ 249 S. 1) in allen Fällen zu leisten ist. Wem ein Schaden an seiner Freiheit durch deren Beschränkung zugefügt ist, kann Wiederherstellung der Freiheit verlangen. Siehe auch oben § 75 Anm. 5 S. 299.

mittelbar bewirkt sein, mag er voraussehbar oder nicht voraussehbar gewesen sein oder selbst außerhalb des Bereichs der Wahrscheinlichkeit gelegen haben [73] [74]).

5. Die Beweislast für die Voraussetzungen der Schadensersatzpflicht trifft grundsätzlich denjenigen, welcher einen Schadensersatzanspruch geltend macht. Insbesondere hat er auch das Vorliegen eines Verschuldens auf Seiten des Handelnden [75]) sowie den ursächlichen Zusammenhang zwischen Handlung und Schaden zu beweisen (vgl. CPO. §§ 286, 287). Diesen Beweis hat auch der zu führen, welcher durch den Verstoß gegen ein Schutzgesetz beschädigt ist (§ 823 Abs. 2). Eine Vermuthung für das Vorhandensein des thatsächlichen Zusammenhanges zwischen Verstoß gegen das Gesetz und Schaden ist an die Verletzung des Schutzgesetzes nicht geknüpft [76]). — Ausnahmen bestimmen in Ansehung des Verschuldens die §§ 827 S. 2 letzter Halbsatz, 831, 832, 834, 836—838.

§ 232. Die Verantwortlichkeit für unerlaubte Handlungen (Deliktsfähigkeit).

§§ 827 S. 1, 828 Abs. 1.

I. Die Verantwortlichkeit für unerlaubte Handlungen (Deliktsfähigkeit) regelt das BGB. in Anlehnung an die Bestimmungen über die Geschäftsfähigkeit sowie an die Vorschriften des StrGB. (§§ 51, 55, 56) über die Zurechnungsfähigkeit und die Strafmündigkeit. Wer im Zustande der Bewußtlosigkeit oder in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistesthätigkeit [1]) (StrGB § 51, BGB. §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 2) oder wer vor vollendetem siebenten Lebensjahre (§ 104 Nr. 1) einem Anderen Schaden zufügt, ist für den Schaden nicht verantwortlich (§§ 827 S. 1, 828 Abs. 1). Hiernach ist die Deliktsfähigkeit der Geschäftsfähigkeit im allgemeinen gleichgestellt. Doch sind folgende Unterschiede hervorzuheben:

1. Einen allgemeinen Ausschluß der Deliktsfähigkeit wegen Geistesstörung (§§ 104 Nr. 2 und 3) kennt das Gesetz nicht. Es kommt allein darauf an, ob zur Zeit der Begehung der unerlaubten Handlung die freie Willensbestimmung ausgeschlossen war. Daß der Zustand ein dauernder war (§ 104 Nr. 2), ist nicht erforderlich. Auf der anderen Seite ist die Entmündigung wegen Geisteskrankheit (§ 104 Nr. 3, oder wegen Geistesschwäche oder Trunksucht, § 114) an sich ohne Einfluß auf die Frage der Verantwortlichkeit für unerlaubte Handlungen. Der Handelnde ist trotz der Entmündigung verantwortlich, wenn er zur Zeit der Vornahme der Handlung zurechnungsfähig ist [2]).

---

[73]) Siehe oben § 33 unter 2 S. 137. Der ursächliche Zusammenhang beschränkt sich begrifflich nicht auf den unmittelbaren, d. h. nicht durch das Hinzutreten weiterer Bedingungen vermittelten Erfolg. Es kommt nur darauf an, ob die anderweitigen mitwirkenden Zustände die Bedeutung haben, daß sie und nicht der zu vertretende Umstand als die Ursache anzusehen wären. RG. in Gruchot Bd. 47 S. 111.

[74]) Ueber die Art, wie Schadensersatz zu leisten ist, siehe oben § 75 S. 298 ff. und unten § 238, über das konkurrierende Verschulden des Beschädigten (§ 254) § 75 unter 5 S. 301 ff.

[75]) Auch im Falle des § 824 hat der Beschädigte die Fahrlässigkeit des Behauptenden zu beweisen, nicht dieser das Nichtvorhandensein einer Fahrlässigkeit.

[76]) RG. in der JW. 1902 Beil. 3 S. 212 Nr. 54.

[1]) Vgl. hierüber oben § 35 S. 139 ff., § 12 S. 40.

[2]) Daß die Entmündigung wegen Geisteskrankheit in der Regel eine starke thatsächliche Vermuthung für die Unzurechnungsfähigkeit begründen wird, liegt auf der Hand. — Die Frage, ob die Verantwortlichkeit in lichten Zwischenräumen besteht (M. II S. 732), ist

Hiernach steht § 827 S. 1 dem § 105 Abs. 2 gleich: die einzelne Willenserklärung ist nichtig, die einzelne Schadenszufügung verpflichtet nicht zum Schadensersatze.

2. Die volle Geschäftsfähigkeit tritt mit Vollendung des 21., die volle Deliktsfähigkeit schon mit Vollendung des 18. Lebensjahrs ein (§§ 2, 106 ff., 828 Abs. 2).

II. Im Einzelnen ist über die Deliktsfähigkeit zu bemerken:

§ 827 S. 2.

1. In gewissen Fällen selbst verschuldeter Bewußtlosigkeit oder Geistesstörung tritt abweichend vom § 827 S. 1 ausnahmsweise eine Schadensersatzpflicht ein. Wer sich in einen vorübergehenden Zustand dieser Art durch geistige Getränke oder ähnliche Mittel versetzt hat, ist für einen Schaden, den er in diesem Zustande widerrechtlich verursacht, in gleicher Weise verantwortlich, wie wenn ihm Fahrlässigkeit zur Last fiele. Doch tritt die Verantwortlichkeit nicht ein, wenn er ohne Verschulden in den Zustand gerathen ist (§ 827 S. 2). Voraussetzung der Haftung ist hiernach,

a) daß der Zustand der Bewußtlosigkeit oder Geistesstörung ein vorübergehender, nicht ein dauernder war (z. B. Trunkenheit, nicht Geisteskrankheit in Folge von Trunksucht),

b) daß er durch geistige Getränke oder ähnliche Mittel, d. h. andere betäubende oder berauschende Genußmittel, nicht aber auf andere Weise herbeigeführt war[3],

c) daß der Handelnde sich selbst[4] vorsätzlich oder fahrlässig[5] in diesen Zustand versetzt hat.

Die Beweislast ist dahin vertheilt, daß der Handelnde den die Verantwortlichkeit ausschließenden Zustand, der Beschädigte die Voraussetzungen zu a und b, nicht aber die zu c zu beweisen hat. Der Mangel eines Verschuldens bildet einen Ausschließungsgrund, für den die Beweislast den Handelnden trifft[6].

Wer unter den Voraussetzungen zu a—c widerrechtlich einen Schaden verursacht, wird rechtlich so angesehen, als habe er fahrlässig gehandelt. Er ist verantwortlich, soweit die übrigen Voraussetzungen der Schadensersatzpflicht vorliegen[7].

---

keine Rechts- sondern eine Thatfrage. Könnte festgestellt werden, daß der Geisteskranke zur gegebenen Zeit völlig zurechnungsfähig war, so wäre er verantwortlich. Eine derartige Feststellung gilt aber nach dem gegenwärtigen Stande der Psychiatrie als nahezu unmöglich.

[3]) „Aehnliche Mittel" sind z. B. Morphium, Kokain, Opium. Nicht hierher gehört beispielsweise eine vorübergehende Geistesstörung in Folge einer selbstverschuldeten Krankheit. Unzulässig erscheint es, aus der für bestimmte Fälle gegebenen Vorschrift des § 827 S. 2 den allgemeinen Satz abzuleiten, daß für den Schaden verantwortlich ist, wer durch eigene Schuld vorübergehend in einen Zustand von Bewußtlosigkeit oder Geistesstörung geräth (Cosack I § 71 unter 5a und b).

[4]) Dies ist auch der Fall, wenn er sich eines Anderen bedient, sich z. B. von diesem Morphiumeinspritzungen zur Berauschung machen läßt. Anders, wenn solche Einspritzungen vom Arzte zum Zwecke der Behandlung gemacht werden.

[5]) Hat die Trunksucht die freie Willensbestimmung allgemein soweit ausgeschlossen, daß der einzelne Fall der Trunkenheit nicht als auf einem Verschulden beruhend angesehen werden kann, so liegt der Fall des Abs. 1 § 827 vor.

[6]) Wer sich sinnlos betrinkt, handelt in der Regel mindestens fahrlässig, er wird den Gegenbeweis nicht führen können, falls nicht besondere Umstände vorliegen.

[7]) Die Bestimmung des § 827 S. 2 ist analog der des § 228 S. 2 (siehe oben § 68 Anm. 36 S. 282). Das Verschulden braucht sich hier ausnahmsweise nicht auf den Verstoß gegen das Gesetz, die Verletzung des Rechtes, die Schadenszufügung (§§ 823, 826) zu beziehen, sondern nur auf das Versetzen in den die Verantwortlichkeit ausschließenden Zustand.

Wo nur ein vorsätzliches Handeln schadensersatzpflichtig macht, tritt seine Verantwortlichkeit nicht ein [8]).

2. In Ansehung der Deliktsfähigkeit der Minderjährigen gilt folgendes: § 828.

a) Kinder unter 7 Jahren [9]) sind absolut deliktsunfähig (§ 828 Abs. 1).

Sie sind für den von ihnen verursachten Schaden auch dann nicht verantwortlich, wenn sie ausnahmsweise die zur Erkenntniß der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht haben.

b) Minderjährige zwischen 7 und 18 Jahren sind grundsätzlich deliktsfähig [10]).

Sie sind jedoch für den einem Anderen zugefügten Schaden nicht verantwortlich, wenn sie bei Begehung der schädigenden Handlung nicht die zur Erkenntniß der Verantwortlichkeit [11]) erforderliche Einsicht haben (§ 828 Abs. 2 S. 2, vgl. StrGB. § 56). Die mangelnde Einsicht bildet, ebenso wie das mangelnde Verschulden im Falle des § 827 S. 2, einen Ausschließungsgrund, dessen Vorhandensein der Handelnde zu beweisen hat [12]).

c) Minderjährige, welche das 18. Lebensjahr vollendet haben, sind unbeschränkt deliktsfähig.

3. Taubstumme stehen in Ansehung der Verantwortlichkeit für unerlaubte Handlungen den Minderjährigen zwischen 7 und 18 Jahren gleich (§ 828 Abs. 2 S. 2, vgl. StrGB. § 58).

4. Nach den Vorschriften der §§ 827, 828 bestimmt sich auch die Verantwortlichkeit der Geschäftsunfähigen und der in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten, welche sich fälschlich für geschäftsfähig ausgeben. Haben sie sich hierdurch einer unerlaubten Handlung im Sinne der §§ 823, 826 schuldig gemacht, so haften sie für den verursachten Schaden, soweit sie deliktsfähig sind [13]) [14]).

---

[8]) Danach ist z. B. die Anwendung des § 826 in den Fällen des § 827 S. 2 ausgeschlossen. — Wie hier Liszt a. a. O. S. 50, Oertmann Anm. 2 zu § 827, a. M. Planck Anm. 3a zu § 827.

[9]) Die strafrechtliche Deliktsfähigkeit tritt erst mit vollendetem 12. Lebensjahr ein. (StrGB. § 55 Abs. 1).

[10]) Der Verstoß gegen ein Gesetz seitens des gesetzlichen Vertreters verpflichtet den Minderjährigen auch dann nicht zum Schadensersatze, wenn es sich um Besorgung einer Angelegenheit des Minderjährigen handelt. Wenn vor dem Hause eines Minderjährigen entgegen der Polizeivorschrift nicht gestreut ist und dadurch ein Schaden verursacht wird, so haftet nur der Vormund. Das gesetzliche Gebot richtet sich an den Vertreter, nicht an den Minderjährigen. M. II S. 734, Planck Anm. 1 zu § 827.

[11]) Es genügt nicht die Fähigkeit, die Verletzung des Rechtes des Anderen oder des Gesetzes oder die Schadenszufügung zu erkennen (M. II S. 733), vielmehr muß der Handelnde im Stande sein, zu erkennen, daß ihn die Verletzung oder Schadenszufügung verantwortlich macht. Ebenso RG. Bd. 53 S. 159: die zur Erkenntniß der Verantwortwortlichkeit erforderliche Einsicht ist zu bestimmen als diejenige geistige Entwicklung, die den Handelnden in den Stand setzt, das Unrecht seiner Handlung gegenüber dem Mitmenschen und zugleich die Verpflichtung zu erkennen, in irgend einer Weise für die Folgen seiner Handlung selbst einstehen zu müssen. — Daß der Minderjährige im einzelnen Falle die Verantwortlichkeit erkannt habe, ist nicht erforderlich, es genügt, daß er zur Erkenntniß im Stande war. Vgl. auch RG. Bd. 51 S. 30 ff.

[12]) RG. Bd. 51 S. 32. Aus Abs. 1 des § 828 ergiebt sich die Regel, daß Minderjährige über 7 Jahre verantwortlich sind; Abs. 2 enthält eine Ausnahme hiervon. Vgl. auch Planck I S. 45 Nr. 3.

[13]) Siehe oben § 36 unter I, 4 S. 144. Es erscheint irrig, daß bei wissentlich falschen Angaben über die Geschäftsfähigkeit die Haftung sich auf das negative Interesse beschränke (Hachenburg, das BGB. S. 458 ff.).

§ 829. 5. Unter bestimmten Voraussetzungen tritt aus Billigkeitsrücksichten eine subsidiäre beschränkte Haftpflicht der nach den §§ 827, 828 deliktsunfähigen Personen ein (§ 829, Schadensersatzpflicht aus einer unverschuldeten rechtswidrigen Handlung).

Der Anspruch setzt voraus:

a) Eine unerlaubte Handlung im Sinne der §§ 823—826. In anderen Fällen (§§ 831 ff.) tritt die Haftung aus § 829 nicht ein.

b) Deliktsunfähigkeit nach den §§ 827, 828. Auf andere Fälle mangelnder Verantwortlichkeit für unerlaubte Handlungen (z. B. wegen entschuldbaren Irrthums) ist die Vorschrift des § 829 nicht auszudehnen[15].

c) Unmöglichkeit, den Schadensersatz von einem aufsichtspflichtigen Dritten (§ 832) zu erlangen, sei es, daß er nicht haftet oder daß aus einem thatsächlichen Grunde (z. B. Abwesenheit, Zahlungsunfähigkeit) Ersatz nicht erlangt werden kann.

Auch beim Vorliegen dieser Voraussetzungen tritt die Schadensersatzpflicht nur insoweit ein, als die Billigkeit nach den Umständen des einzelnen Falles, insbesondere nach den Verhältnissen der Betheiligten, eine Schadloshaltung erfordert und als dem Handelnden nicht die Mittel zum standesgemäßen Unterhalt und zur Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltspflichten[16]) entzogen werden. Unter Berücksichtigung dieser Umstände hat das Gericht die Entschädigung nach freiem Ermessen zu bestimmen. Sie kann hinter dem entstandenen Schaden zurückbleiben, sie kann ihm entsprechen, ihn aber naturgemäß nicht übersteigen[17]). Dem Deliktsunfähigen, welcher gemäß § 829 Ersatz geleistet hat, weil dieser von dem Aufsichtspflichtigen, obwohl er zum Ersatze verpflichtet war, aus einem thatsächlichen Grunde nicht erlangt werden konnte[18]), steht ein Regreßanspruch gegen den Aufsichtspflichtigen zu (§ 840 Abs. 2)[19]).

§ 840 Abs. 2.

§ 233. Haftung mehrerer Beschädiger.

I. Eine unerlaubte Handlung ist von Mehreren gemeinschaftlich

---

[14]) Nach § 276 Abs. 1 S. 3 finden die §§ 827, 828 Anwendung auf das vom Schuldner zu vertretende Verschulden (siehe oben § 33 unter 4a S. 138). Sie sind analog auf alle Fälle des Verschuldens (z. B. §§ 121 Abs. 1, 122 Abs. 2, 932 Abs. 2) anzuwenden. Vgl. Planck I S. 37—38, Cosack I § 71 unter 6a, abweichend unter 6b.

[15]) E. II § 752 wollte die Vorschrift auf alle Fälle ausdehnen, in denen die Verantwortlichkeit nur wegen mangelnden Verschuldens nicht eintritt. Die Reichstagskommission hat die Aufnahme einer entsprechenden Bestimmung abgelehnt (K. B. zu § 813 E. IV). Dem gegenüber und in Rücksicht auf den Wortlaut des § 829 erscheint dessen analoge Anwendung auf andere Fälle (Cosack I § 72 unter 6 b) unzulässig. Ebenso Planck Anm. 4 zu § 829.

[16]) Vgl. §§ 1360, 1579, 1601, 1703, 1708.

[17]) Der Vormund A. hat den gemeingefährlichen Geisteskranken B., der ein großes Vermögen besitzt, in einer Anstalt untergebracht. B. entspringt aus der Anstalt, ohne daß das Aufsichtspersonal ein Verschulden trifft. Er verletzt den vermögenslosen Arbeiter C. derart, daß dieser dauernd arbeitsunfähig wird. Hier wird dem C. der Anspruch auf eine angemessene Rente gegen B. zustehen (vgl. § 843). Hätte A. den B. nicht in einer Anstalt untergebracht und auch sonst für dessen Beaufsichtigung nicht genügend gesorgt, so richtete sich der Anspruch in erster Reihe gegen A. Ist A. vermögenslos, so kann C. von B. Schadensersatz verlangen. Steht dem B. eine jährliche Rente von 10000 Mk. zu, die aber zu seinem und seiner Frau standesgemäßen Unterhalte gebraucht werden, so kann C. einen Anspruch gegen ihn nicht geltend machen.

[18]) Dies dürfte der einzige Fall sein, in dem die in Ansehung des § 829 nicht klare Bestimmung des § 840 Abs. 2 praktisch werden kann.

[19]) Wenn der Geschädigte den Deliktsunfähigen zu der beschädigenden Handlung veranlaßt hat, so findet § 254 Anwendung.

begangen, wenn der Erfolg der Handlung — z. B. der Verstoß gegen das Gesetz (§ 823 Abs. 2) oder die Verletzung des Rechtes (§ 823 Abs. 1) — auf dem gemeinschaftlichen Handeln beruht. In Ansehung des bei einer gemeinschaftlich begangenen unerlaubten Handlung verursachten Schadens sind folgende Fälle zu unterscheiden:

§ 830.

1. Der Schaden ist durch die gemeinschaftliche Handlung verursacht [1]). Dann ist jeder Betheiligte für den Schaden verantwortlich (§ 830 Abs. 1, S. 1). Gleichgültig für die Gemeinschaftlichkeit ist es, ob die Mehreren gleichzeitig oder nach einander gehandelt haben und ob ihr Antheil an der Verursachung des Erfolges ein gleicher ist oder nicht. Deshalb stehen Anstifter und Gehülfe den Mitthätern in Ansehung der Verantwortlichkeit gleich (§ 830 Abs. 2) [2]).

2. Der Schaden ist nicht durch die gemeinschaftliche Handlung, sondern nachweisbar von bestimmten Einzelnen verursacht. Dann sind nur diejenigen für den Schaden verantwortlich, welche ihn verursacht haben [3]).

3. Es läßt sich nicht ermitteln, ob der Schaden durch die gemeinschaftliche Handlung oder durch die Handlung eines Einzelnen verursacht ist, oder letzteren Falles, wer von den Betheiligten den Schaden durch seine Handlung verursacht hat. Dann ist jeder für den Schaden verantwortlich, sei er als Thäter, Anstifter oder Gehülfe an der Handlung betheiligt (§ 830 Abs. 1 S. 2, Abs. 2).

Wenn festgestellt wird, daß nur bestimmte Betheiligte den Schaden verursacht haben können, während diese Möglichkeit bei den Uebrigen ausgeschlossen ist, so sind diese für den Schaden nicht verantwortlich, da sich insoweit eben ermitteln läßt, wer von den Betheiligten den Schaden verursacht hat [4]).

Voraussetzung für die Anwendung des § 830 Abs. 1 S. 2 ist, daß die

[1]) A. und B. brechen eine Thür ein, indem sie sich mit vereinten Kräften gegen die Thür stemmen. — Beide Eigenthümer eines Hauses unterlassen entgegen der Polizeivorschrift die Entfernung des Schnees vom Bürgersteig und das Bestreuen des letzteren. C. fällt in Folge dessen und bricht den Arm. In beiden Fällen ist der Schaden durch das gemeinschaftliche Thun beziehungsweise Unterlassen verursacht. — Auf einer gemeinschaftlich begangenen unerlaubten Handlung im Sinne des BGB. beruht der Schaden auch dann, wenn der Thatbestand, an den sich die Schadensersatzpflicht knüpft (vgl. oben § 231 Anm. 2 S. 881), von Mehreren gemeinschaftlich erfüllt wird, ohne daß eine Handlung vorliegt. Wenn z. B. Mehrere ein Thier halten, so haftet im Falle des § 833 jeder nach § 830 Abs. 1 S. 1.

[2]) Wenn A. den B. und C. anstiftet, den D. zu ermorden, E. hierzu ein Messer leiht und B. den D. ersticht, während C. Wache hält, so liegt ein durch eine gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung der A., B., C. und E. verursachter Schaden vor, für den Jeder verantwortlich ist: A. als Anstifter, B. und C. als Thäter, E. als Gehülfe. Jeder von ihnen hat gegen das Gesetz (StrGB. §§ 211, 47—49) verstoßen und dadurch den Schaden verursacht. — Begünstiger und Hehler (StrGB. §§ 257 ff.) unterstehen der Vorschrift des § 830 nicht. Sie haften nach Maßgabe des § 823. Ein gemeinschaftliches Handeln mit dem Thäter in Ansehung der von diesem begangenen unerlaubten Handlung liegt nicht vor (anders für das preußische Recht Strieth Arch. Bd. 38 S. 354, Dernburg PP. II § 294 unter II, 3c).

[3]) A., B., C., D. haben sich bei einer Schlägerei, bei der dem E. ein Auge ausgestochen wurde, ihrer Messer bedient (StrGB. § 367 No. 10, 227); es steht fest, daß A. dem E. die Verletzung beigebracht hat. Hier ist er allein schadensersatzpflichtig. Vgl. hierzu Oertmann Anm. 3a zu § 830.

[4]) Wenn im Falle der Anm. 3 nicht festgestellt werden kann, von wem der Stich in das Auge des E. ausgegangen ist, so sind alle 4 schadensersatzpflichtig. Wird ermittelt, daß nur A. und B. auf E. losgestochen haben, während C. und D. sich mit F. schlugen, so sind nur A. und B. verantwortlich. Ebenso im Resultate, doch mit anderer Begründung, Schollmeyer a. a. O. S. 116.

gemeinschaftlich begangene Handlung eine unerlaubte im Sinne des BGB. ist. Anderenfalls kann der Beschädigte Ersatz nur von dem verlangen, bei welchem die Voraussetzungen der Ersatzpflicht nach den allgemeinen Grundsätzen vorliegen [5]).

In den Fällen zu 1 und 3 müssen bei jedem Betheiligten die allgemeinen Voraussetzungen der Schadensersatzpflicht vorliegen, regelmäßig also Rechtswidrigkeit und Verschulden. Im Falle zu 3 hat der Beschädigte außer dem Nachweise, daß der Schaden durch die gemeinschaftliche Handlung verursacht worden ist und daß der Inanspruchgenommene an der Handlung betheiligt war, auch den Beweis zu führen, daß ihn unter der Voraussetzung, daß er der Thäter ist, ein Verschulden trifft [6]).

§ 840 Abs. 1. II. Die Haftung Mehrerer aus einer unerlaubten Handlung (vergl. §§ 830—834, 836—838) ist eine gesammtschuldnerische (§ 840 Abs. 1) [7]) und zwar ohne Rücksicht auf den Grad ihres Verschuldens. Das Verhältniß der Verpflichteten unter einander bestimmt sich nach dem § 426 [8]); sie sind, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, [9]) unter einander zu gleichen Antheilen verpflichtet. Die Ausgleichung findet auch dann statt, wenn der Schaden von Mehreren vorsätzlich veranlaßt ist [10]).

§ 234. Haftung für widerrechtliche Schadenszufügungen Anderer.

§ 831. I. In Ansehung der Haftung der Geschäftsherren für widerrechtliche Schadenszufügungen ihrer Angestellten und Gehülfen hält das BGB. (§ 831) an dem Verschuldungsprinzipe fest und kehrt nur die Beweislast zu Gunsten des Beschädigten um [1]).

---

[5]) Eine Schlägerei ist eine unerlaubte Handlung nur unter den Voraussetzungen der §§ 227, 367 Nr. 10, 360 Nr. 11 StrGB. Wenn mehrere Personen in einem Zimmer in eine Schlägerei gerathen und dabei dem einen eine leichte Körperverletzung zugefügt wird, so findet § 830 Abs. 1 S. 2 nicht Anwendung. Der Beschädigte muß nachweisen, daß der Inanspruchgenommene ihn verletzt hat. — Das Gleiche gilt, wenn kein gemeinschaftliches Handeln, sondern nur eine Ungewißheit darüber vorliegt, welche von mehreren Personen den Schaden verursacht hat. Vgl. Oertmann Anm. 4 zu § 830.

[6]) Haben sich Mehrere gegenseitig beschädigt, so ist Jeder dem Anderen nach den allgemeinen Grundsätzen zum Ersatze des durch ihn verursachten Schadens verpflichtet. Im Gegensatze zum § 23 I, 6 ALR. steht auch den Theilnehmern an einer unerlaubten Handlung ein Anspruch auf Ersatz des Schadens zu, den sie einander zugefügt haben. Wenn bei einem Einbruche der eine Dieb die Leiter, auf der sich der andere befindet, losläßt, so daß der Letztere herabstürzt und sich den Arm bricht (Koch Anm. 22 zu § 23 I, 6 ALR.), so ist nach dem BGB. der Schadensersatzanspruch nicht ausgeschlossen.

[7]) Eine Ausnahme enthält § 835 Abs. 3. Ueber die gesammtschuldnerische Haftung siehe oben § 126 S. 462 ff.

[8]) RG. Bd. 53 S. 116, 118.

[9]) Abweichende Bestimmungen enthalten §§ 840 Abs. 2 und 3, 841. Vgl. RG. Bd. 53 S. 118 ff.

[10]) Aufrechterhalten durch EG. Art. 108 ist § 11 der preußischen Verordnung vom 17. 8. 1835 zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und der dem Gesetze schuldigen Achtung bei Aufläufen und Tumulten.

[1]) Es ist deshalb nicht korrekt, im Falle des § 831 (das Gleiche gilt für § 832) von einer Haftung „für Dritte" (Endemann I S. 116), „für fremde Handlungen" (Schollmeyer a. a. O. S. 119) oder gar „für fremdes Verschulden" (Nöldecke, die außerkontraktliche Haftung „für fremdes Verschulden" nach den §§ 831, 832 BGB. in Gruchot Bd. 41 S. 766 ff., Liszt a. a. O. S. 102) zu sprechen. Der Geschäftsherr (wie der Aufsichtspflichtige) haftet für den durch eigenes Verschulden, wenn auch nur mittelbar, verursachten Schaden, ähnlich wie Anstifter und Gehülfe (§ 830 Abs. 2) nicht für die fremde, sondern für die eigene Handlung haften. Vgl. Nöldecke a. a. O. S. 772—773, Planck Anm. 1 zu § 831 a. E.

Im einzelnen ist zu bemerken:

1. Wer einen Anderen zu einer Verrichtung bestellt oder wer für den Geschäftsherrn durch Vertrag[2]) die Auswahl der zu bestellenden Person, die Beschaffung von Vorrichtungen oder Geräthschaften oder die Leitung der Ausführung der Verrichtung übernimmt, haftet für den Schaden, den der Andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt (§ 831 Abs. 1 S. 1, Abs. 2). Die Haftung tritt in allen Fällen ein, in denen Jemand einen Anderen zu Verrichtungen rechtlicher oder thatsächlicher Natur bestellt, also z. B. beim Dienstvertrage (§§ 611 ff.), Werkvertrage (§§ 631 ff.), Auftrage (§§ 662 ff.), der Gesellschaft (§§ 705 ff., 710 ff.) u. s. w.[3])[4]).

Bei Bestellung eines Anderen zu einer Verrichtung haften unter Umständen neben einander der Geschäftsherr (§ 831 Abs. 1 S. 1), derjenige, welcher für ihn durch Vertrag die Besorgung des Geschäfts übernommen hat (§ 831 Abs. 2) und der Andere (der Beschädiger) selbst (§§ 823 ff).[5])

Der Schadensersatz aus § 831 setzt ein Verschulden des Geschäftsherrn oder des Geschäftsführers (§ 831 Abs. 2) voraus. Doch ist die Beweislast so geregelt, daß der Geschäftsherr oder der Geschäftsführer das Nichtvorhandensein eines Verschuldens zu beweisen hat (§ 831 Abs. 1 S. 2).

Der Beschädigte hat daher zur Begründung seines Anspruchs aus § 831 nur nachzuweisen,

a) daß der in Anspruch genommene Geschäftsherr den Beschädiger zu der Verrichtung bestellt oder daß der in Anspruch genommene Geschäftsführer die Besorgung des in Frage kommenden Geschäfts durch Vertrag übernommen hat,

b) soweit die Beschaffung von Vorrichtungen oder Geräthschaften oder die Leitung der Ausführung der Verrichtung in Frage kommt, daß der Geschäftsherr die Vorrichtungen oder Geräthschaften zu beschaffen oder die Ausführung der Verrichtung zu leiten hatte[6]),

c) daß der zur Verrichtung Bestellte dem Beschädigten den Schaden widerrechtlich zu=

---

[2]) Nicht nur thatsächlich, KB. zu § 816 E. III. Wer die Besorgung der in Rede stehenden Geschäfte für den Geschäftsherrn thatsächlich übernimmt, haftet nur nach § 823.

[3]) Nicht zutreffend erscheint die Ansicht des RG. (Bd. 51 S. 200 ff.), Voraussetzung sei, daß der Besteller die Stellung des Geschäftsherrn dem Bestellten gegenüber in dem Sinne einnehme (vgl. § 831 Abs. 1 S. 2), daß er, der Besteller, die erforderlichen Anordnungen für die Ausführung der Verrichtung zu ertheilen hat, daß also der Bestellte bei der Ausführung der ihm aufgetragenen Handlungen von dem Willen des Bestellers abhängig ist. Habe der Bestellte dagegen auf Grund eigener Erfahrung und Sachkunde zu handeln, so sei der, der ihn zu seiner Thätigkeit veranlaßt hat, nicht Geschäftsherr im Sinne des § 831. Dann würde also Jemand, der einem unzuverlässigen Bauunternehmer den Bau eines Hauses überträgt, nicht nach § 831 haften. Zutreffend erscheint vielmehr die Auffassung von Planck (Anm. 2a zu § 831), es komme die Bestellung zu solchen Verrichtungen in Frage, bei welchen die Prüfung der Zuverlässigkeit der für die Verrichtung zu bestellenden Person möglich und nach der Auffassung des gesunden und normalen Verkehrs erforderlich ist. Es muß ein Verschulden des Geschäftsherrn denkbar sein. — Eine über die Vorschrift des § 831 hinausgehende Haftung für die Angestellten ergiebt sich aus § 701 BGB. in Ansehung der Gastwirthe. Vgl. ferner Haftpflichtgesetz vom 7. Juni 1871 §§ 1, 2.

[4]) Ueber die Haftung desjenigen, welcher die Ausführung eines gesetzlichen Gebots zulässiger Weise einem Anderen überträgt, siehe oben § 231 Anm. 25 S. 886.

[5]) Hiernach können bei einem Grundstücksbaue haften: Der Bauherr, der Bauunternehmer, der Polier, dem die Annahme der Arbeiter überlassen ist, und der Arbeiter, welcher den Schaden zugefügt hat.

[6]) RG. Bd. 53 S. 125, Planck Anm. 3 zu § 831. — Nicht in allen Fällen, in denen Jemand einen Anderen zu einer Verrichtung bestellt, hat der Besteller auch die Pflicht, die Ausführung der Verrichtung zu leiten. RG. Bd. 53 S. 53 ff.

gefügt hat. Daß ein Verschulden auf Seiten des Beschädigers vorliegt, ist nicht erforderlich [7]),

d) daß der Schaden in Ausführung der Verrichtung zugefügt ist (nicht nur bei Gelegenheit der Verrichtung). Die schädigende Handlung muß in den Kreis der Handlungen gehören, welche die Ausführung der aufgetragenen Verrichtung darstellen [8]).

Liegen die Voraussetzungen zu a—d vor, so kann der in Anspruch Genommene dem Anspruche begegnen durch den Nachweis,

a) daß er bei der Auswahl der bestellten Person und, sofern er Vorrichtungen oder Geräthschaften zu beschaffen oder die Ausführung der Verrichtung zu leiten hat (vergl. § 618) [9]), bei der Beschaffung oder der Leitung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt (§ 276) beobachtet hat [10]) oder

b) daß der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde [11]) (§ 831 Abs. 1 S. 2) [12]) [13]).

§ 840 Abs. 2. 2. Haftet neben dem nach § 831 zum Schadensersatze Verpflichteten auch der Andere (der zur Verrichtung Bestellte), so ist deren Verpflichtung eine gesammtschuldnerische (§ 840 Abs. 1). In ihrem Verhältnisse zu einander ist jedoch der Andere allein verpflichtet (§ 840 Abs. 2).

---

[7]) Wer einen Geisteskranken oder ein Kind unter 7 Jahren zu einer Verrichtung bestellt, haftet nach § 831. Vgl. auch RG. in der JW. 1903 Beilage 1 S. 12 No. 24. Siehe auch unten Anm. 19; Oertmann Anm. 1, c zu § 831.

[8]) Vgl. RG. Bd. 24 S. 125, S. 334, Nöldecke a. a. O. S. 779, Staub Exkurs zu § 58 HGB. Anm. 32, Oertmann Anm. 1, b zu § 831. — Unter § 831 fällt eine Körperverletzung seitens eines Bauarbeiters durch Verwendung schlechten Materials für das Baugerüst, nicht aber eine Verletzung bei einer unter den Arbeitern während der Arbeit entstehenden Schlägerei. — Wenn ein Kutscher ein Mädchen, das er zu fahren hat, mißbraucht, so ist der Fuhrherr zum Schadensersatze nicht verpflichtet. Vgl. die entgegengesetzte Praxis der französischen Gerichte auf Grund des Artikels 1384 Code civil bei Nöldecke a. a. O. S. 778.

[9]) Ueber den Umfang der Leitungs-Pflicht vgl. die zutreffenden Ausführungen des RG. Bd. 53 S. 125 ff, Gruchot Bd. 46 S. 921 ff. — Zu beachten ist, daß von einer Pflicht, die Ausführung der Verrichtung zu beaufsichtigen, im § 831 nicht die Rede ist. RG. Bd. 53 S. 53 ff, S. 125.

[10]) Das zur Anwendung des § 831 erforderliche Verschulden braucht sich nur auf die Auswahl, die Beschaffung, die Leitung zu beziehen, nicht auf den Verstoß gegen das Gesetz, die Verletzung des Rechtes, die Schadenszufügung durch den Anderen. Wer vorsätzlich oder fahrlässig eine ungeeignete Person bestellt, haftet für den durch diese zugefügten Schaden, wie sonst derjenige, welcher vorsätzlich oder fahrlässig das Recht eines Anderen verletzt. — Ein Verschulden bei der Beschaffung kann auch dann ausgeschlossen sein, wenn der Geschäftsherr zwar im Einzelfalle das Geräte nicht selbst zugewiesen, aber die Zuweisung durch allgemeine Anweisung ordnungsmäßig geregelt oder sie dem sachkundigen Ermessen eines Anderen für den jeweiligen Bedarfsfall überlassen hat. RG. Bd. 53 S. 124.

[11]) Gerade hieraus ergiebt sich, daß der Geschäftsherr nur für den durch ein Verschulden verursachten Schaden haftet; siehe Anm. 1 S. 900.

[12]) Bei einem Baue wird eine Person durch den Einsturz des Gerüstes verletzt, der durch ordnungswidrige Absteifung seitens eines Arbeiters verursacht ist. Die Vorhaltung des Gerüstes war dem Polier übertragen. Es haben zur Abwendung des Entschädigungsanspruchs des Verletzten nachzuweisen: Der Bauherr nur die erforderliche Sorgfalt bei der Auswahl des Baumeisters; der Baumeister die erforderliche Sorgfalt bei der Auswahl des Poliers, bei Beschaffung des Rüstzeugs und bei Beaufsichtigung der Arbeiten; der Polier die erforderliche Sorgfalt bei Beschaffung des Rüstzeugs, Auswahl der Arbeiter und Beaufsichtigung der Arbeiten.

[13]) Ueber das Verhältniß der Vorschrift des § 831 zu der des § 278 siehe oben § 84 unter II. 3 g S. 328 ff. Die Bestimmungen des § 831, sagt Liszt a. a. O. S. 3, bleiben „in auffallendster Weise zurück hinter dem bahnbrechenden Prinzip des § 278." Siehe auch oben § 20 Anm. 50 a. E. S. 81.

so daß dem Geschäftsherrn, wenn er aus § 831 in Anspruch genommen wird, gegen den Gehülfen, nicht aber dem in Anspruch genommenen Gehülfen gegen den Geschäftsherrn ein Regreßanspruch zusteht.

3. Auch die Haftung der Herrschaft für den durch **unerlaubte Handlungen der Dienstboten** verursachten Schaden richtet sich nach den §§ 831, 840 Abs. 2 (EG. Art. 95 Abs. 2).

Danach ist die Herrschaft nur zum Ersatze des von den Dienstboten **in Ausführung ihrer Verrichtungen** widerrechtlich zugefügten Schadens verpflichtet, sofern sie nicht beweist, daß sie bei der Auswahl der Dienstboten und bei der Leitung ihrer Verrichtungen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat oder daß der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde. Die Herrschaft haftet als Gesammtschuldnerin mit dem Dienstboten (§ 840 Abs. 1) [14]. Wird sie in Anspruch genommen, so steht ihr ein Ersatzanspruch gegen den Dienstboten zu (§ 840 Abs. 2).

4. Für **unerlaubte Handlungen der Miether** ist der Vermiether nicht verantwortlich. Auch eine Haftung des Inhabers eines Gebäudes für Beschädigungen durch Ausgießen und Auswerfen von Sachen aus dem Gebäude oder durch Herabfallen von ausgestellten oder ausgehängten Sachen (actio de dejectis et effusis) findet nach dem BGB. nur nach den allgemeinen Vorschriften statt (vgl. §§ 823, 830 Abs. 2, 831, 832) [15].

5. Für **unerlaubte Handlungen des gesetzlichen Vertreters** haftet der Vertretene nicht [16]. Die Haftung von Vereinen, Stiftungen, des Fiskus sowie der Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechtes aus unerlaubten Handlungen des Vorstandes, der Vorstandsmitglieder und anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter bestimmt sich nach dem § 31 (§§ 86, 89 Abs. 1) [17], die Haftung des Staates für Verletzungen der Amtspflicht seitens der Grundbuchbeamten nach Grundb. O. § 12. Im übrigen sind die landesgesetzlichen Vorschriften über die Haftung des Staates, der Gemeinden und anderer Kommunalverbände für den von ihren Beamten in Ausübung der diesen anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden unberührt geblieben. (EG. Art. 77) [18].

II. Wer der ihm kraft Gesetzes oder auf Grund eines Vertrags obliegenden **Aufsichtspflicht** über eine Person nicht genügt, die wegen Minderjährigkeit oder wegen ihres geistigen oder körperlichen Zustandes der Beaufsichtigung bedarf, **§ 832.**

---

[14]) Eine andere Art der Haftung ist nicht denkbar, obwohl § 840 Abs. 1 im EG. Art. 95 Abs. 2 nicht angezogen ist.

[15]) Anders E. I §§ 729—733.

[16]) Siehe auch oben § 232 Anm. 10 S. 897.

[17]) Siehe oben § 20 unter II, 7 S. 80 ff. — Ob der Handelnde ein verfassungsmäßig berufener Vertreter im Sinne des § 31 oder ob er nur im Sinne des § 831 zu einer Verrichtung bestellt ist, bestimmt sich danach, ob er durch die Satzung der Körperschaft, beim Staate und anderen öffentlichrechtlichen Körperschaften durch die ihre Verwaltungsorganisation regelnden Bestimmungen zu seiner Thätigkeit berufen ist oder ob er seinen Auftrag erst auf eine so berufene Person zurückführt. Z. B. haftet bei der Beobachtung einer Polizeivorschrift über Reinhaltung und Bestreuung der Straßenübergänge der Eisenbahnfiskus für den Vorstand der Betriebsinspektion nach § 31, für den von diesem Vorstande mit der Ausführung der Polizeivorschrift betrauten Bahnmeister nach § 831. RG. Bd. 53 S. 278 ff.

[18]) Aufrechterhalten sind auch die landesgesetzlichen Vorschriften, nach denen Beamte für die von ihnen angenommenen Stellvertreter und Gehülfen in weiterem Umfang als nach dem BGB. haften (EG. Art. 78, z. B. Gesetz über das Notariat vom 15. 7. 1890 § 14 Abs. 3). — Eine landesgesetzliche Erweiterung der Haftpflicht ergiebt sich auch aus EG. Artt. 105 (vgl. z. B. § 25 des Eisenbahngesetzes vom 3. 11. 1838) und 106.

ist zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den diese Person einem Dritten widerrechtlich zufügt (§ 832). Die Beweislast ist so geregelt, daß der Aufsichtspflichtige zu beweisen hat, daß er seiner Aufsichtspflicht genügt hat (§ 832 Abs. 1 S. 2).

Der Beschädigte hat zur Begründung seines Anspruchs nur nachzuweisen,

a) daß ihm der Schaden durch eine wegen Minderjährigkeit oder wegen ihres geistigen oder körperlichen Zustandes der Beaufsichtigung bedürfende Person widerrechtlich [19]) zugefügt ist,

b) daß der in Anspruch Genommene zur Führung der Aufsicht über den Beschädiger kraft Gesetzes verpflichtet ist (§ 832 Abs. 1) oder sie durch Vertrag (nicht nur thatsächlich) [20]) übernommen hat (§ 832 Abs. 2). Der Schadensersatzpflicht aus § 832 unterliegen nur die Aufsichtspflichtigen, deren Aufsicht nicht ausschließlich im Interesse des Beaufsichtigten angeordnet oder übernommen ist, bei denen die Aufsicht vielmehr auch den Zweck hat, Beschädigungen Dritter durch die der Aufsicht unterworfenen Personen zu verhüten. Zur Führung einer solchen Aufsicht sind kraft Gesetzes verpflichtet der Vater (§§ 1627, 1631 Abs. 1), die Mutter (§§ 1634, 1686, 1707, vgl. § 1765), der Vormund (§§ 1793, 1800, 1897, 1901 Abs. 1), der Pfleger (§ 1915), auf Grund eines Vertrags z. B. der Wärter eines Geisteskranken, der Erzieher, das Kindermädchen [21]).

Liegen die Voraussetzungen zu a und b vor, so kann der in Anspruch Genommene den Anspruch abwenden durch den Nachweis,

a) daß er seiner Aufsichtspflicht genügt habe [22]) oder

---

[19]) Ein Verschulden des Beschädigers ist nicht erforderlich, siehe Anm. 7 S. 902. RG. Bd. 50 S. 65 ff. Abgesehen von dem Verschulden müssen alle Voraussetzungen der unerlaubten Handlung vorliegen. RG. Bd. 53 S. 314.

[20]) Siehe Anm. 2 S. 901. — Die Haftung auf Grund einer vertragsmäßigen Uebernahme der Aufsichtspflicht setzt einen kraft Gesetzes Verpflichteten nicht voraus. Der Wärter eines Geisteskranken haftet, auch wenn er beim Nichtvorhandensein eines gesetzlichen Vertreters von einem Dritten engagiert ist.

[21]) Unter die Vorschrift des § 832 fällt nach den überzeugenden Ausführungen des RG. (Bd. 52 S. 69 ff.) auch der Lehrherr in Ansehung des Lehrlings nach den §§ 127, 127a Gew.-O. Dagegen gehören nicht hierher der kaufmännische Lehrherr in Ansehung der minderjährigen Lehrlinge (HGB. § 76), der Schullehrer hinsichtlich der Schüler, der militärische Vorgesetzte hinsichtlich seiner Untergebenen. In allen diesen Fällen hat die Aufsichtspflicht nicht den Zweck, Beschädigungen Dritter abzuwenden, sondern nur die Ausbildung des Beaufsichtigten, beziehungsweise das militärische Interesse zu fördern. Anders wenn der Lehrling oder Schüler in die häusliche Gemeinschaft des Lehrherrn oder Lehrers aufgenommen ist. Dann haben diese die Aufsichtspflicht auch Dritten gegenüber übernommen. Ebenso Nöldecke a. a. O. S. 782—783. Weitergehend war E. I § 710, M. II S. 734 ff.

[22]) Das Verschulden, welches § 832 erfordert (vgl. RR. Bd. 50 S. 66), bezieht sich auf die Führung der Aufsicht; siehe Anm. 10 S. 902. Die Aufsichtspflicht, welche den Eltern hinsichtlich ihrer minderjährigen Kinder obliegt, hat das RG. in der Entscheidung Bd. 50 S. 62 zutreffend begrenzt. Danach haben die Eltern nicht dafür einzustehen, daß die Erziehung und Beaufsichtigung des Kindes auch einen günstigen Erfolg hat, sondern nur dafür, daß sie das Kind thatsächlich genügend beaufsichtigt haben. Sie sind auch z. B. nicht verpflichtet, das Spielzeug der Kinder ständig zu beaufsichtigen. (Im fraglichen Falle hatte ein Knabe den Flitzbogen, mit dem er einen Anderen verletzt hatte, vor den Eltern geheim gehalten). Es ist zu prüfen, was nach den vorliegenden Umständen verständige Eltern nach vernünftiger Weise an sie zu stellenden Anforderungen zur Erfüllung ihrer Aufsichtspflicht thun müssen (a. a. O. S. 64 ff.). — Eine Verletzung der Aufsichtspflicht liegt ohne weiteres vor, wenn der Aufsichtspflichtige die Verletzung eines Schutzgesetzes (§ 823 Abs. 2) duldet. (Ein 14jähriger Knabe hatte mit Wissen seines Vaters an einem von Menschen bewohnten Orte mit einem Schießwerkzeuge geschossen, Str.GB. § 367 No. 8). RG. in Gruchot Bd. 46 S. 949 ff.

b) daß der Schaden auch bei gehöriger Aufsichtsführung entstanden sein würde (§ 832 Abs. 1 S. 2).

Wenn neben dem nach § 832 Verpflichteten auch der Beschädiger selbst für den Schaden verantwortlich ist, so haften sie, abgesehen von dem Falle des § 829, als Gesammtschuldner (§ 840 Abs. 1). In ihrem Verhältnisse zu einander ist der Beschädiger allein verpflichtet, so daß ein Regreßanspruch dem in Anspruch genommenen Aufsichtspflichtigen gegen den Beschädiger, nicht aber diesem gegen den ersteren zusteht (§ 840 Abs. 2).[23][24]) — § 840 Abs. 2.

§ 235. Haftung für Beschädigung durch Bauwerke.

§ 836.

I. Eine allgemeine Verpflichtung der Besitzer von Sachen, diese in einem Zustande zu erhalten, der die Möglichkeit der Beschädigung eines Dritten ausschließt, besteht nicht. Der Besitzer haftet nur nach Maßgabe der §§ 823, 826[1]). Eine Ausnahme bestimmen die §§ 836—838. Aus ihnen ergiebt sich die Verpflichtung der Besitzer von Grundstücken[2]), diese in einem Zustande zu erhalten, der die Verletzung von Menschen und die Beschädigung von Sachen durch den Einsturz eines Gebäudes oder die Ablösung von Theilen des Gebäudes ausschließt. Zwar besteht, abgesehen vom § 908, für den Besitzer kein Zwang zu einem positiven Thun, aber er wird schadensersatzpflichtig, wenn er die Erfüllung der Verpflichtung unterläßt[3]).

II. Voraussetzung des Anspruchs ist:

1. daß der Schaden durch den Einsturz eines Gebäudes oder eines anderen mit einem Grundstücke verbundenen Werkes (z. B. einer Mauer, eines Denk-

---

[23]) Wenn ein zweijähriges Kind eine kostbare Vase beschädigt, während das Kindermädchen mit dem Diener schäkert, so ist das Kindermädchen zum Schadensersatze verpflichtet (§ 832 Abs. 2). Ein Regreß gegen das Kind, das nicht verantwortlich ist (§ 828 Abs. 1), steht ihm nicht zu. Ist das Kindermädchen zahlungsunfähig, so haftet das Kind nach Maßgabe des § 829. Wird es in Anspruch genommen, so steht ihm der Regreß gegen das Kindermädchen zu (840 Abs. 2). — Wenn der Erzieher seinen 10jährigen Zögling allein in das Museum schickt, so haftet er, wenn der Zögling ein Bild beschädigt (§ 832). Der Letztere haftet gesammtschuldnerisch mit dem Erzieher, wenn er nicht den Nachweis mangelnder Einsicht führt. (§§ 828 Abs. 2, 840 Abs. 1). Wird der Erzieher in Anspruch genommen, so ist ihm der Zögling, wenn er die erforderliche Einsicht besaß, regreßpflichtig (§ 840 Abs. 2). — Wenn ein 18jähriger Gymnasiast das Bild beschädigt, so wird der Vater in der Regel nicht haften, da in diesem Falle eine Verletzung der Aufsichtspflicht nicht vorliegen wird. (Siehe Anm. 22).

[24]) Eine Haftung für Schaden, der durch Andere verursacht ist, bestimmt das preußische Gesetz vom 11. März 1850, betreffend die Verpflichtung der Gemeinden zum Ersatze des bei öffentlichen Aufläufen verursachten Schadens. Das Gesetz ist durch EG. Art. 108 aufrecht erhalten. Vgl. ferner z. B. Gesetz, betreffend den Forstdiebstahl vom 15. April 1878 § 11, Feld- und Forstpolizeigesetz vom 1. April 1880 § 5 (EG. Art. 107). Auch in diesen Fällen beruht die Haftung auf der Annahme unterlassener Aufsicht. Vgl. KB. zu § 822a E. IV, § 11 des Gesetzes vom 15. 4. 1878, § 5 Abs. 1 S. 2 des Gesetzes vom 1. 4. 1880.

[1]) Auch die Haftung des Besitzers von Explosivstoffen oder Dampfmaschinen aus einer Explosion richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen. Hier wird besonders § 823 Abs. 2 in Frage kommen, vgl. StrGB. §§ 296, 367 Nr. 4—6, Sprengstoffgesetz vom 9. Juni 1884, Gew. O. § 24.

[2]) Ueber dem öffentlichen Gebrauche dienende Grundstücke, die zu einer Anlage oder zu einem Betriebe benutzt werden dürfen, vgl. EG. Art. 106.

[3]) § 836 lehnt sich an die Bestimmungen des preußischen Rechtes an (§§ 36, 37, 60 I 8, §§ 10 ff, 26 I, 6 ALR.) und ersetzt die gemeinrechtlichen Vorschriften über die cautio damni infecti, vgl. Windscheid Pand. II §§ 458 ff., Dernburg Pand. I §§ 230 ff.

mals) oder durch die Ablösung von Theilen des Gebäudes [4]) oder des Werkes verursacht ist [5]),

2. daß ein Mensch getödtet, der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt ist,

3. daß der Einsturz oder die Ablösung die Folge fehlerhafter Errichtung [6]) oder mangelhafter Unterhaltung ist,

4. daß der Besitzer zum Zwecke der Abwendung der Gefahr die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht beobachtet hat [7]).

Liegen diese Voraussetzungen vor, so steht dem Verletzten ein Anspruch auf Ersatz des entstandenen Schadens zu. Er hat nur die Voraussetzungen zu 1—3 zu beweisen, während den Besitzer die Beweislast dafür trifft, daß ein Verschulden [8]) nicht vorliegt (§ 836 Abs. 1 S. 2).

III. Ersatzpflichtig ist:

1. In erster Reihe der Eigenbesitzer [9]) des Grundstücks (§ 836 Abs. 1, Abs. 3, vergl. § 872). Ihn, nicht den Eigenthümer, trifft die Ersatzpflicht, weil nur der Besitzer im Stande ist, sich über den Zustand des Gebäudes zu unterrichten und die erforderlichen Maßregeln zur Abwendung der Gefahr zu ergreifen [10]). Durch Aufgeben des Besitzes kann sich der Besitzer von der Haftung für die Zukunft nicht ohne weiteres befreien. Er haftet vielmehr noch, wenn der Einsturz oder die Ablösung innerhalb eines Jahres nach Beendigung seines Besitzes eintritt. Doch kann er die Verantwortlichkeit abwenden durch den Nachweis entweder, daß er während seiner Besitzzeit die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat oder daß ein späterer Besitzer durch Beobachtung dieser Sorgfalt die Gefahr hätte abwenden können (§ 836 Abs. 2).

§ 838. 2. Neben dem Besitzer, also als Gesammtschuldner mit ihm (§ 840 Abs. 1), haftet derjenige, welcher die Unterhaltung des Gebäudes oder Werkes für den Besitzer übernimmt oder das Gebäude oder das Werk vermöge eines ihm zustehenden Nutzungsrechts zu unterhalten hat [11]). In ihrem Verhältnisse zu einander ist der Uebernehmer oder der Nutzungsberechtigte allein verpflichtet [12]).

---

[4]) Voraussetzung für die Anwendung des § 836 ist nicht, daß ein größerer Gebäudetheil im Ganzen einstürzt oder sich ablöst, es genügt auch das Abstürzen einzelner Steine, Balken, Stuckbekleidungen und dgl. Der Fall des § 836 liegt vor, wenn der Fußboden, die Decke durchbricht, aber auch schon dann, wenn sie nicht vollständig, sondern nur zum Theil durchbrechen. RG. Bd. 52 S. 236 ff. Vgl. auch Oertmann Anm. 3 zu § 836.

[5]) Der Schaden ist durch den Einsturz oder die Ablösung verursacht sowohl, wenn eine Person oder Sache durch die herabfallenden Theile getroffen wird, als auch, wenn die Person oder Sache mit abstürzt und dadurch beschädigt wird. RG. Bd. 52 S. 239.

[6]) Es handelt sich nicht um den Fall, daß der Besitzer selbst das Gebäude fehlerhaft errichtet hat (dann haftet er nach § 823), § 836 findet Anwendung, wenn die Errichtung durch einen Anderen erfolgt war. Der Besitzer muß dann den Fehler beseitigen lassen, sobald er ihn erkennen konnte.

[7]) Aus Satz 2 § 836 Abs. 1 ergiebt sich, daß ein Verschulden Voraussetzung der Haftung ist (siehe Anm. 8). Nur die Beweislast ist umgekehrt. Der Fall liegt dem der §§ 831, 832 gleich. Die Ansicht, daß es auf ein Verschulden nicht ankomme (vgl. z. B. Planck Anm. 2a zu § 836 und dagegen Oertmann Anm. 1, 6 und 7 § 836) erscheint danach irrig.

[8]) Das Verschulden bezieht sich hier auf die Abwendung der Gefahr, vgl. Anm. 10 S. 902.

[9]) Gleichgültig ist es, ob er das Grundstück im unmittelbaren oder nur in mittelbarem Besitze hat (§ 868).

[10]) D. S. 155.

[11]) Z. B. der Baumeister, welcher auf Grund eines Vertrags für die Unterhaltung des Gebäudes zu sorgen hat, und der Nießbraucher (§ 1041). Die Haftung ist hier vom Besitz unabhängig.

3. An Stelle des Besitzers haftet, wer auf dem Grundstück in Ausübung eines dinglichen oder persönlichen Rechtes (z. B. Erbbaurecht, Pacht) ein Gebäude oder ein anderes Werk besitzt (§ 837). § 837.

4. Neben den nach §§ 836—838 Verpflichteten haftet der nach den allgemeinen Grundsätzen ersatzpflichtige Dritte als Gesammtschuldner. In ihrem Verhältnisse zu einander ist der Dritte allein verpflichtet (§ 840 Abs. 3) [13]. § 840 Abs. 3.

§ 236. Haftung der Beamten für Verletzung der Amtspflicht[1].

Wenn durch die Verletzung einer Amtspflicht seitens eines Beamten ein Schaden verursacht wird, so bestimmt sich die Haftung des Beamten grundsätzlich nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen[2]. Der Beamte ist danach zum Schadensersatze verpflichtet, wenn durch die vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung der Amtspflicht eines der im § 823 Abs. 1 bezeichneten Rechtsgüter verletzt wird oder wenn eine solche Verletzung der Amtspflicht einen Verstoß gegen ein den Schutz eines Anderen bezweckendes Gesetz enthält (§ 823 Abs. 2). Das Gesetz hat jedoch die Haftung der Beamten auf der einen Seite erweitert, indem es die Verletzung jeder dem Beamten einem Dritten gegenüber obliegenden Amtspflicht dem Verstoße gegen ein Schutzgesetz gleichgestellt hat (§ 839 S. 1). Auf der anderen Seite hat es die Haftung nicht unerheblich eingeschränkt, indem es den Beamten, wenn ihm nur Fahrlässigkeit zur Last fällt, erst in zweiter Reihe haften läßt (§ 839 Abs. 1 S. 2), indem es ferner die Berücksichtigung eines konkurrierenden Verschuldens des Verletzten in gewisser Beziehung erweitert (§ 839 Abs. 3) und endlich, indem es die Schadensersatzpflicht des Beamten, der bei dem Urtheil in einer Rechtssache seine Amtspflicht verletzt, aufs äußerste einschränkt (§ 839 Abs. 2) [3] [4]. § 839.

Im Einzelnen ist hierzu zu bemerken:

I. Voraussetzung für die Anwendung der Bestimmungen des § 839 ist, daß es sich um einen Beamten handelt (vergl. Abs. 1 S. 1,

---

[12]) Das Gesetz enthält hierüber keine besondere Bestimmung (über § 840 Abs. 3 siehe im Texte unter 4). Die Verpflichtung des Uebernehmers und des Nutzungsberechtigten folgt aus der vertragsmäßigen oder gesetzlichen Unterhaltspflicht gegenüber dem Besitzer.

[13]) A. hat das ihm gehörige Rittergut nebst Schloß am 1. Februar 1900 an B. verkauft, übergeben und aufgelassen. B. bestellt dem C. einen Nießbrauch an dem Gute und dem Schlosse. C. verpachtet diese demnächst an D. Am 1. Juli 1900 stößt E. fahrlässiger Weise ein Stück des eisernen Gitters des am Schlosse befindlichen Balkons herunter, das bereits am 1. Februar lose gewesen war, und verletzt dadurch den F. F. kann C., D. und E. als Gesammtschuldner in Anspruch nehmen, C. nach § 837 als mittelbaren Besitzer in Ausübung seines Nießbrauchs und nach § 838 als Unterhaltspflichtigen (§ 1041), D. nach § 837, E. nach § 823. Werden C. und D. in Anspruch genommen, so können sie an E. Regreß nehmen (§ 840 Abs. 3). A. ist nicht verantwortlich, weil B. das Gitter befestigen mußte (§ 836 Abs. 2), B. nicht, weil C. an seiner Stelle verantwortlich ist (§ 837).

[1]) Nöldeke, die zivilrechtliche Haftung des Richters nach dem BGB. (Gruchot Bd. 42 S. 795 ff.), Rosenstock, Haftung der Beamten aus Amtshandlungen gegenüber Dritten nach BGB. (Preuß. Verwaltungsblatt Jahrg. 20 (1899) S. 577 ff.), Schneider, die Haftbarkeit des sog. Spruchrichters nach dem BGB. (Arch. f. d. civil. Praxis Bd. 91 S. 209 ff.).

[2]) Ueber die Entwickelung der Haftung der Beamten und das bisherige Recht vgl. M. II S. 819 ff., Nöldeke a. a. O. S. 769 ff., ALR. II, 10 §§ 88—91, 127—145, Reichsbeamtengesetz vom 31. 3. 1873 § 13.

[3]) Ueber das Verhältniß des § 823 zum § 839 ist zu bemerken, daß die Erleichterungen der Haftung, die im Abs. 1 S. 2, Abs. 2 und 3 des § 839 enthalten sind, dem Beamten in allen Fällen des Abs. 1 S. 1 zu statten kommen, also auch dann, wenn die Voraussetzungen des 823 Abs. 1 oder 2 vorliegen.

[4]) Vgl. auch §§ 1674, 1848, 1872 Abs. 2 S. 2.

S. 2, Abs. 2 S. 1). Wer als Beamter anzusehen ist, bestimmt sich nach dem öffentlichen Rechte des Reiches und der Bundesstaaten. Sowohl die unmittelbaren wie die mittelbaren Staatsbeamten [5]), die besoldeten wie die Ehrenbeamten [6]) fallen unter die Vorschriften des § 839. Entscheidend ist, daß ein Staatsdienerverhältniß vorliegt [7]). Es genügt für die Anwendung des § 839 nicht, daß Jemand in Ausübung eines Amtes handelt, der Handelnde muß vielmehr ein Beamter sein [8]).

II. Voraussetzung der erweiterten Haftungspflicht des Beamten ist, daß er vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt (§ 839 Abs. 1 S. 1).

1. Es muß sich um Verletzung einer Amtspflicht handeln. Nimmt der Beamte eine Handlung nicht als solcher, sondern als Privatmann vor, so haftet er nach allgemeinen Grundsätzen [9]). Zum Begriffe der Amtshandlung gehört aber nicht die Verpflichtung, die Handlung vorzunehmen, es genügt vielmehr die Befugniß hierzu. Nimmt der Beamte auf Grund dieser Befugniß die Handlung vor, so wird diese Thätigkeit von seiner Amtspflicht mit ergriffen. Für ein hierbei begangenes Verschulden haftet er nach § 839 [10]).

2. Die Amtspflicht muß dem Beamten einem Dritten gegenüber obliegen. Sie muß also dem Beamten im Interesse der Privaten auferlegt sein, nicht im Interesse des Staates an einer ordnungsmäßigen Verwaltung oder aus fiskalischen oder anderen staatlichen Gründen [11]). Die betreffende Vorschrift muß eine Amtspflicht dem Dritten, nicht nur dem Staate gegenüber begründen. Wann dies der Fall ist, ist aus dem Zwecke und Inhalte der einzelnen Vorschrift zu entnehmen. In Betracht kommen nicht nur die im Verwaltungsweg erlassenen Dienstvorschriften, sondern auch zahlreiche gesetzliche Bestimmungen [12]).

3. Die Verletzung der dem Beamten dem Dritten gegenüber obliegenden

---

[5]) Insbesondere auch die Kommunalbeamten. Vgl. Str.GB. § 359, EG. Art. 77, Oertmann Anm. 2 zu § 839.

[6]) Z. B. die Handelsrichter. Vgl. auch Rosenstock a. a. O. S. 557, Schneider a. a. O. S. 211.

[7]) Nöldeke a. a. O. S. 816.

[8]) Daher haften z. B. die Geschworenen und Schöffen ausschließlich nach § 823, da sie zwar in Ausübung eines Amtes handeln, aber nicht Beamte sind. Hieraus ergiebt sich das eigenthümliche Resultat, daß für ein Verschulden bei dem Urtheile die Richter nur nach § 839 Abs. 2, die Schöffen und Geschworenen dagegen nach der strengeren Vorschrift des § 823 haften. Diese können sich auch nicht auf S. 2 des Abs. 1 des § 839 und auf die Nichteinlegung eines Rechtsmittels (Abs. 3 des § 839) nur nach Maßgabe des § 254 berufen. Vgl. hierzu auch Planck Anm. 2a zu § 839, Nöldeke a. a. O. S. 816, 818, Schneider a. a. O. S. 210. — Sachverständige und Schätzer kommen für § 839 nicht in Betracht (M. II S. 827); ebensowenig Privatbeamte.

[9]) Z. B. wenn ein Beamter privatim eine Auskunft über eine in sein Amt fallende Angelegenheit giebt.

[10]) RG. in Gruchot Bd. 46 S. 935 ff. Hier hatten die Beamten eines Hauptzollamts fahrlässig eine falsche Auskunft gegeben, zu deren Ertheilung sie nicht verpflichtet, aber befugt waren. Sie hafteten für den entstandenen Schaden nach § 839.

[11]) Vgl. Nöldeke a. a. O. S. 812.

[12]) Es handelt sich nicht nur um Fälle, in denen dem Dritten ein Rechtsmittel oder ein Beschwerderecht zusteht (Planck Anm. 2, b). Allerdings wird mindestens in diesen Fällen dem Beamten die Amtspflicht dem Dritten gegenüber obliegen (Oertmann Anm. 2, b zu § 839), es kommen aber auch noch zahlreiche andere Fälle in Betracht. — Die dem Prozeßrichter, dem Grundbuchrichter, Subhastationsrichter auferlegten Verpflichtungen begründen großentheils Amtspflichten gegenüber den Dritten. Alle Amtspflichten des Vormundschaftsrichters sind im Sinne des § 839 Pflichten, welche ihm dem Mündel gegenüber obliegen (§§ 1674, 1848). Vgl. ferner z. B. CPO. § 170 (RG. Bd. 51 S. 259 ff.), CPO. § 818 (RG. Bd. 51 S. 187).

Amtspflicht muß auf einem Verschulden beruhen. Vorsatz oder Fahrlässigkeit müssen sich auf die Verletzung der Amtspflicht beziehen [13]). Nicht erforderlich ist, daß der Beamte die Entstehung eines Schadens vorausgesehen hat.

4. Beim Vorliegen der Voraussetzungen zu 1 bis 3 hat der Beamte dem Dritten, dem gegenüber ihm die verletzte Amtspflicht oblag, den entstandenen Schaden zu ersetzen. Der Schadensersatzanspruch steht also auch hier nur dem unmittelbar Geschädigten zu [14]). Gleichgültig ist aber auch hier, wie im Falle des § 823 Abs. 2, welches Rechtsgut verletzt ist. Auch die Beschädigung des Vermögens ohne Verletzung eines bestimmten Rechtes verpflichtet zum Schadensersatze [15]).

III. Die Beschränkung der Haftungspflicht der Beamten tritt in folgenden Fällen ein:

1. Beruht die Verletzung der Amtspflicht nur auf einer Fahrlässigkeit des Beamten, so ist seine Haftungspflicht nur eine subsidiäre. Er kann nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag (§ 839 S. 2), sei es, daß kein Anderer haftet oder daß von dem Haftenden aus thatsächlichen Gründen nichts zu erlangen ist [16]). Den Beweis, daß die Voraussetzungen der Haftung nach § 839 Abs. 1 S. 2 vorliegen, d. h., daß der Verletzte auf andere Weise Ersatz nicht zu erlangen vermag, hat der Verletzte zu führen [17]).

2. Für den Fall, daß ein Beamter bei einem Urtheil in einer Rechtssache seine Amtspflicht verletzt, ist seine Haftung für den daraus entstehenden Schaden im Interesse der Unabhängigkeit der Gerichte und in Rücksicht auf die Rechtskraft der Urtheile [18]) noch weiter eingeschränkt. Er haftet nur dann, wenn die Pflichtverletzung mit einer im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verhängenden öffentlichen Strafe bedroht ist (§ 839 Abs. 2 S. 1). Voraussetzung für die Anwendung dieser Vorschrift ist danach,

---

[13]) Wann eine Fahrlässigkeit vorliegt, bestimmt sich auch hier nach § 276. Ein Gerichtsvollzieher handelt z. B. fahrlässig, wenn er, ohne daß ein Vollstreckungstitel vorliegt, eine Zwangsversteigerung vornimmt. RG. Bd. 51 S. 191.

[14]) Siehe oben § 231 S. 886 unter 4. Bei einer schuldhaften Verzögerung eines Prozesses hat einen Schadensersatz-Anspruch nur die Prozeßpartei, nicht der unmittelbar oder mittelbar am Ausgange des Rechtsstreits Interessierte. Irrig ist danach auch die Ansicht von Marcus (DJZ. 1899 Nr. 17 S. 356 gegen Endemann III § 29 unter 6), der Richter oder Notar, durch dessen Verschulden ein errichtetes Testament nichtig sei, hafte nach § 839 den bedachten Erben und Vermächtnisnehmern. Diesen gegenüber liegt dem Richter und Notar eine Amtspflicht nicht ob.

[15]) Siehe oben § 231 S. 886 unter a, 3.

[16]) Vgl. hierzu § 829 und oben § 232 unter 5 c S. 898. Diese Beschränkung der Haftung greift nicht Platz, wenn mehrere Beamte gemäß § 840 Abs. 1 als Gesammtschuldner haften. Dann kann sich nicht Jeder darauf berufen, daß Ersatz von dem Anderen erlangt werden kann; anderenfalls würde, gerade wenn alle zahlungsfähig sind, Keiner haften. RG. Bd. 51 S. 262. — Zu beachten ist ferner, daß es sich um außerkontraktlichen Schaden handeln muß. Der Gerichtsvollzieher kann sich z. B. seinem Auftraggeber gegenüber auf § 839 Abs. 1 S. 2 nicht berufen, weil er diesem lediglich aus dem mit ihm geschlossenen Dienstvertrage (§§ 675, 611) haftet. JW. 1901 Nr. 95/98 S. 783. Dasselbe muß für die Notare gelten. Vgl. Dernburg II § 392 II, 1.

[17]) Ebenso Planck Anm. 2, d, Oertmann Anm. 5 zu § 839, RG. Bd. 51 S. 262. A. M. Linckelmann a. a. O. S. 101. In keinem Falle kann, wenn die rechtliche und thatsächliche Möglichkeit, auf andere Weise Ersatz zu verlangen, nicht in Frage kommt, ein weiterer Nachweis verlangt werden. RG. Bd. 51 S. 192.

[18]) Vgl. hierzu M. II S. 824, Prot. II S. 663, D. S. 157, K. B. zu § 823 Abs. 1 und 2 E. IV, Stenographische Berichte des Reichstags 9. Legislatur-Periode, IV. Session S. 2855 ff., 3067 ff., ferner besonders Schneider a. a. O. S. 226 ff.

a) daß es sich um die Pflichtverletzung eines Beamten handelt[19]). In Betracht kommen nur Beamte, welche mit der Entscheidung von Rechtssachen betraut sind, wie sich aus der weiteren Voraussetzung zu c ergiebt. Es handelt sich also nur um die Richter der streitigen, nicht die der freiwilligen, Gerichtsbarkeit[20]), aber hier ohne Unterschied zwischen Zivil- und Strafrichtern und zwischen richterlichen Beamten und Verwaltungsrichtern oder sonstigen Verwaltungsbeamten, welche mit richterlichen Funktionen betraut sind.

b) Auch hier muß es sich um Verletzung einer dem Beamten einem Dritten gegenüber obliegenden[21]) Amtspflicht handeln.

c) Die Pflichtverletzung muß sich endlich auf ein Urtheil in einer Rechtssache beziehen. Unter einem Urtheil im Sinne des § 839 Abs. 2 ist jede rechtsfeststellende, d. h. ein materielles oder prozessualisches Recht feststellende oder aberkennende Entscheidung zu verstehen, mag sie als Urtheil, Beschluß, Entscheidung oder sonstwie bezeichnet werden[22]). Hierher gehören danach im Zivilprozesse nicht nur Urtheile im eigentlichen Sinne, sondern z. B. auch einstweilige Verfügungen und Arrestbefehle, auch wenn sie durch Beschluß angeordnet sind, sowie Kostenfestsetzungsbeschlüsse. Dagegen fallen nicht unter die Vorschrift des § 839 Abs. 2 Entscheidungen, welche die Leitung des Verfahrens oder eine Verwaltungsangelegenheit betreffen, z. B. die Anberaumung eines Termins, die Werthfestsetzung[23]). Im Strafverfahren fällt unter die Vorschrift des § 839 Abs. 2 nicht nur das Urtheil, sondern z. B. auch ein Beschluß über Einstellung des Verfahrens (StrPrO. §§ 202, 208), dagegen namentlich nicht der Erlaß eines Haftbefehls[24]). Gleichgültig ist es, ob sich die Pflichtverletzung auf den Tenor, den Thatbestand oder die Entscheidungsgründe bezieht. In allen diesen Fällen liegt eine Verletzung der Amtspflicht bei dem Urtheile vor[25]).

---

[19]) Siehe hierüber oben unter I und insbesondere Anm. 8.

[20]) Vgl. Nöldeke a. a. O. S. 819, Schneider a. a. O. S. 248 ff., a. M. Neumann Anm. II, 2 zu § 839.

[21]) Die Zweifel, die Schneider a. a. O. S. 243 ff. aus der Fortlassung der Worte „die ihm einem Dritten gegenüber obliegende" im Abs. 2 schöpft, sind nicht berechtigt. Wenn Abs. 2 im Anschluß an Abs. 1 bestimmt, daß der Beamte nur dann verantwortlich sein solle, wenn u. s. w., so heißt dies, daß die Voraussetzungen des Abs. 1 vorliegen müssen, soweit sie nicht durch Abs. 2 gemildert sind. Eine Erweiterung der Haftungspflicht soll durch Abs. 2 nicht bewirkt werden.

[22]) Zu diesem Resultate gelangt Schneider a. a. O. in seinen geistvollen und überzeugenden Ausführungen. In der That kann unter „Urtheil" hier nicht nur das Straf- oder Zivilurtheil im engeren Sinne verstanden werden. Das Gesetz kann nicht so gemeint sein, daß der Richter nach § 839 Abs. 1 haftet, wenn er den Arrestbefehl durch Beschluß, nach Abs. 2, wenn er ihn durch Urtheil erläßt. Auch wenn man bei der Auslegung von den Entscheidungen ausgeht, „durch welche das Prozeßverhältniß für die Instanz beendigt wird" — so der Abgeordnete Gröber, auf dessen Antrag im Abs. 2 § 839 statt der Worte „bei der Entscheidung einer Rechtssache" die Worte „bei dem Urtheil in einer Rechtssache" gesetzt worden sind (Stenograph. Berichte S. 3067) — kommt man nicht zu dem Ergebnisse, daß nur Endurtheile, Zwischenurtheile und Theilurtheile (so Gröber a. a. O.) gemeint sind. Auch der Arrestbefehl, der Kostenfestsetzungsbeschluß beendigen die Instanz für das Arrestverfahren bezw. das Kostenfestsetzungsverfahren. — Ueber die Auslegung der Worte „Urtheil in einer Rechtssache" besteht lebhafter Streit. Für die engere Auslegung namentlich Nöldeke a. a. O. S. 819 ff. in Rücksicht auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes, für die weitere Auslegung Schneider a. a. O. Vgl. ferner Dernburg II § 393 III, Neumann Anm. II zu § 839, Oppenhof in der DJZ. 1902 Nr. 20 S. 480.

[23]) Schneider a. a. O. S. 251. Hier handelt es sich nicht um Feststellung von Rechten, sondern um eine Leitung des Verfahrens bezw. um eine Verwaltungsmaßregel.

[24]) In Bezug auf den Haftbefehl besteht (im Anschuß an die Verhandlungen des Reichstags) Einstimmigkeit.

[25]) Z. B. auch wenn im Thatbestand eine Anführung der Parteien nicht berücksichtigt ist. A. M. Neumann Anm. II, 1 zu § 839; wie hier Nöldeke a. a. O. S. 821.

d) Liegen die Voraussetzungen zu a—c vor, so haftet der Beamte nur dann, wenn die Pflichtverletzung mit einer im Wege des öffentlichen Strafverfahrens zu verhängenden öffentlichen Strafe bedroht ist (vgl. CPO. § 580 No. 5, StrPrO. § 402 No. 3). Da hier nur die §§ 334, 336 und 339 [26]) StrGB. in Betracht kommen, so haftet der Beamte für Pflichtverletzung bei dem Urtheil in einer Rechtssache nur für Vorsatz. Eine Haftung selbst für grobes Verschulden ist ausgeschlossen. Nicht erforderlich ist, daß eine Bestrafung des Beamten erfolgt ist. Es genügt, daß der objektive und subjektive Thatbestand der strafbaren Handlung gegeben ist [27]).

e) Die Vorschrift des § 839 Abs. 2 S. 1 findet keine Anwendung auf eine pflichtwidrige Verweigerung oder Verzögerung der Ausübung des Amtes (§ 839 Abs. 2 S. 2) [28]).

3. Auch für die Haftung der Beamten gilt die Vorschrift des § 254, nach der ein konkurrierendes Verschulden des Beschädigten unter Umständen den Schadensersatzanspruch ausschließt. Zu Gunsten der Beamten bestimmt aber das Gesetz des Weiteren, daß es in allen Fällen als ein den Ersatzanspruch ausschließendes konkurrierendes Verschulden gelten soll, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch den Gebrauch eines Rechtsmittels [29]) abzuwenden. Die Ersatzpflicht tritt in diesem Falle nicht ein (§ 839 Abs. 3) und zwar auch dann nicht, wenn die Pflichtverletzung eine vorsätzliche ist und wenn der Fall des § 839 Abs. 2 S. 1 vorliegt. Die Beweislast dafür, daß die Voraussetzungen des § 839 Abs. 3 vorliegen, trifft den in Anspruch genommenen Beamten.

§ 841.

IV. 1. Sind für den aus einer schuldhaften Verletzung der Amtspflicht entstehenden Schaden mehrere Beamte verantwortlich, so haften sie als Gesammtschuldner (§ 840 Abs. 1). Im Verhältnisse zu einander sind sie zu gleichen Antheilen verpflichtet (§ 426 Abs. 1). Wenn jedoch ein Beamter, der vermöge seiner Amtspflicht einen Anderen zur Geschäftsführung zu bestellen oder eine solche Geschäftsführung zu beaufsichtigen oder durch Genehmigung von Rechtsgeschäften bei ihr mitzuwirken hat, wegen Verletzung dieser Pflichten neben dem Anderen für den von diesem verursachten Schaden verantwortlich ist, so ist in ihrem Verhältnisse zu einander der Andere allein verpflichtet (§ 841) [30]).

---

[26]) Ueber § 339 StrGB. vgl. Schneider a. a. O. S. 245.

[27]) Vgl. Rosenstock a. a. O. S. 559. Dem Schadensersatzanspruche steht es auch nicht entgegen, daß die Bestrafung unmöglich wird, z. B. weil der Thäter nach Begehung der That geisteskrank geworden ist.

[28]) Schneider a. a. O. S. 268 weist zutreffend darauf hin, daß der S. 2 des § 839 Abs. 2 gänzlich überflüssig ist, da eine pflichtwidrige Verweigerung oder Verzögerung des Amtes keine Pflichtverletzung bei dem Urtheile bildet. Der Satz, der bei der ursprünglichen Fassung des S. 1 („bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache") eine Bedeutung hatte, ist bei der Aenderung des S. 1 versehentlich stehen geblieben.

[29]) Rechtsmittel sind im Zivil- und Strafprozesse Berufung, Revision, Beschwerde, im Sinne des § 839 Abs. 3 auch der Einspruch, nicht aber die Wiederaufnahme des Verfahrens. Vgl. Oertmann Anm. 4 zu § 839, Schneider a. a. O., A. M. Nöldeke a. a. O. S. 815, der auch die Nichtigkeits- und die Restitutionsklage zu den Rechtsmitteln im Sinne des § 839 Abs. 3 rechnet.

[30]) Hiernach sind z. B. der Vormund und der Konkursverwalter dem Vormundschaftsrichter und Konkursrichter regreßpflichtig, wenn diese einen von ersteren verursachten Schaden ersetzen müssen. Die Vorschrift des § 841 ist aber im Wesentlichen von praktischer Bedeutung nur bei vorsätzlicher Pflichtverletzung des Richters, da er, wenn nur Fahrlässigkeit vorliegt, nach § 839 Abs. 1 S. 2 erst in Anspruch genommen werden kann, wenn von dem Anderen Ersatz nicht zu erlangen ist. Nöldeke a. a. O. S. 827.

2. Für die Haftung eines Kollegiums [31]) gelten die allgemeinen Vorschriften. Es haften nur die der Pflichtverletzung schuldigen Mitglieder des Kollegiums nach Maßgabe der §§ 830, 840 Abs. 1. Wer die schuldigen Mitglieder sind, hat derjenige zu beweisen, welcher einen Schadensersatzanspruch geltend macht [32]).

V. 1. Die Vorschriften, nach denen der Anspruch auf Schadensersatz gegen einen Beamten wegen Verletzung der Amtspflicht an besondere Voraussetzungen, insbesondere die Vorentscheidung einer besonderen Behörde darüber gebunden ist, ob der Beamte sich einer Ueberschreitung seiner Amtsbefugnisse oder der Unterlassung einer ihm obliegenden Amtshandlung schuldig gemacht hat [33]), sind durch § 839 nicht berührt.

2. Die Haftung des Staates, der Gemeinden und anderen Komunalverbände für den von ihren Beamten in Ausübung der diesen anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden bestimmt sich nach den landesgesetzlichen Vorschriften (EG. Art. 77) [34]). Eine reichsrechtliche Vorschrift enthält § 12 GBO., nach dem bei der Pflichtverletzung eines Grundbuchbeamten unter den Voraussetzungen des § 839 den Betheiligten gegenüber die Verantwortlichkeit an Stelle des Beamten den Staat oder die Körperschaft trifft, in deren Dienste der Beamte steht. Das Recht des Staates oder der Körperschaft, von dem Beamten Ersatz zu verlangen, wird hierdurch nicht berührt [35]).

237. Haftung ohne Verschulden.

I. In Ansehung des durch Thiere verursachten Schadens hat das BGB. in Rücksicht auf die Gefahren, welche das Halten eines Thieres mit sich bringt, an dem Verschuldungsprinzipe nicht festgehalten [1]).

§ 833. Nach § 833 haftet der, welcher ein Thier hält, ohne Rücksicht auf ein Verschulden dem Verletzten für den entstandenen Schaden, wenn durch das Thier ein Mensch getödtet oder der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt wird [2]). Gleichgültig ist, ob der

---

[31]) Vgl. ALR. II, 10 §§ 127 ff., M. II S. 826, D. S. 157; Nöldeke a. a. O. S. 826 ff.

[32]) § 830 Abs. 2 wird ihm nicht zu statten kommen. Für dessen Anwendung genügt z. B. nicht der Nachweis, daß der in Anspruch Genommene bei der Urtheilsfällung, erforderlich ist vielmehr, daß er bei der Verletzung der Amtspflicht betheiligt war. Erst wenn dies feststeht und sich dann nicht ermitteln läßt, wer von mehreren Betheiligten den Schaden durch seine Pflichtverletzung verursacht hat, würde Jeder für den Schaden verantwortlich sein. Siehe oben § 233 Anm. 5 S. 900.

[33]) Vgl. EG. zum GVG. § 11, Ges. vom 11. 5. 1842 (über Zulässigkeit des Rechtswegs in Beziehung auf polizeiliche Verfügungen) § 6; RG. Bd. 51 S 329 ff.

[34]) Unter den Begriff des Staates im Sinne des Art. 17 fällt auch das deutsche Reich, RG. Bd. 54 S. 198 ff. Vgl. über die Versuche einer reichsgesetzlichen Regelung Prot. II S. 663, KB. zu § 823 Abs. 4 E. IV, Stenograph. Berichte des Reichstags S. 2855 ff. — Ueber die Haftung des Fiskus und der Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechtes wegen eines Schadens, den ein Beamter in Ausübung privatrechtlicher Vertretungsmacht Dritten zufügt (§ 89), siehe oben § 24 unter 2a S. 114 und § 234 Anm. 17. S. 903.

[35]) Vgl. zu § 12 GBO. Oberneck § 15 S. 94, Fuchs II S. 154 ff. Nach Art. 8 des preuß. AG. zur GBO. ist der Regreßanspruch des Staates gegen den Grundbuchbeamten nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit des Grundbuchbeamten gegeben.

[1]) Vgl. Isay, die Verantwortlichkeit des Eigenthümers für seine Thiere (Iherings Jahrb. Bd. 39 S. 209 ff., Goslich, wo liegt die Grenze der Haftung des Thierhalters? (Gruchot Bd. 47 S. 1 ff.).

[2]) Die Vorschrift entspricht dem Art. 1385 Code civil. Für den durch Luxusthiere zugefügten Schaden hatte auch das preußische Landrecht (§ 72 I, 6) schon den gleichen Grundsatz angenommen. — Zu § 833 sind zu vgl. E. I 743, M. II S. 809 ff., E. II S. 756, D. S. 153, KB. zu § 817 E. III, Isay a. a. O. S. 214 ff.

Schaden durch wilde oder zahme, in der Haushaltung nützliche oder nicht nützliche Thiere verursacht ist; auch bei einem durch Hausthiere zugefügten Schaden tritt die Ersatzpflicht des § 833 ein [3]). Im Einzelnen ist zu bemerken:

1. § 833 findet nur Anwendung bei Tödtung, Körper= oder Gesundheitsverletzung eines Menschen und bei Sachbeschädigung [4]). Bei anderen Schadenszufügungen [5]) tritt eine Haftung nur nach den allgemeinen Grundsätzen ein.

2. Ersatzpflichtig [6]) ist, wer das Thier hält, d. h. derjenige, welcher im eigenen Interesse durch Gewährung von Obdach und Unterhalt die Sorge für das Thier übernommen hat und zwar nicht nur zu einem vorübergehenden Zwecke, sondern auf einen Zeitraum von einer gewissen Dauer. Wer das Thier nur vorübergehend benutzt, ist nicht Thierhalter im Sinne des § 833 [7]).

3. Da die Haftung ein Verschulden des Thierhalters nicht voraussetzt, so kommt im Falle des § 833 die Anwendung der §§ 827, 828 nicht in Frage. Auch ein Geisteskranker und ein Kind unter 7 Jahren, welche ein Thier halten [8]), haften für den durch das Thier verursachten Schaden nach Maßgabe des § 833.

---

[3]) § 833 findet auch Anwendung auf Bazillen, die von Jemandem gezüchtet werden, sofern sie Thiere sind. Planck Anm. 2, Oertmann Anm. 2a, Kuhlenbeck Anm. 3 zu § 833.

[4]) Unter Beschädigung der Sache wird hier auch deren Zerstörung oder Entziehung zu verstehen sein, obwohl der Sprachgebrauch des Gesetzes sonst ein anderer ist (vgl. §§ 228, 849). Wenn der Hund des A. ein dem B. gehöriges Stück Fleisch frißt oder es auch nur verschleppt (Planck Anm. 2, b zu § 833, Liszt a. a. O. S. 108), so ist A. nach § 833 ersatzpflichtig.

[5]) Wenn ein wild gewordener Stier Jemanden verhindert, einen geschäftlichen Weg zu machen, so ist eine Haftung für den etwa entstandenen Vermögensschaden nur nach § 823 Abs. 2 (vgl. z. B. StrGB. §§ 366 Nr. 5, 367 Nr. 11), 831, 834 zu begründen.

[6]) Einen Anspruch gegen den Thierhalter, daß er Maßregeln zur Abwendung einer durch ein Thier drohenden Gefahr treffe, kennt das BGB. nicht (siehe oben § 235 I S. 905). Dem Bedrohten steht das Abwehrrecht des § 228 zu (siehe oben § 68 Anm. 27 S. 281). A. M. Dernburg II § 396 VI.

[7]) So zutreffend RG. Bd. 52 S. 118. Vgl. Königslöw in der JW. 1902 No. 7/8 S. 61, No. 30/33 S. 240. Dagegen Fleischauer in der JW. 1902 No. 14/15 S. 115 ff., Endemann in der DJZ. 1903 No. 7 S. 161 ff. Die Versuche, immer denjenigen haften zu lassen, der den unmittelbaren Besitz des Thieres hat (vgl. auch Dernburg II § 397 IV, 1), mögen de lege ferenda billigenswerth sein. Nach § 833 können sie aber nicht zum Resultate führen. Nach dem Sprachgebrauche setzt das „Halten" eines Thieres unzweifelhaft den Besitz während eines längeren Zeitraums voraus. — Unter § 833 fällt danach nicht nur der Eigenthümer (vgl. RG. in der JW. 1903 Beil. 12 S. 110 No. 243), sondern auch z. B. der Nießbraucher. Ob der Leiher und Miether, bestimmt sich danach, ob die im Texte angeführten Voraussetzungen vorliegen. Wenn Jemand ein Thier auf längere Zeit leiht oder miethet und es in Obdach und Unterhalt nimmt, ist er, nicht der Eigenthümer, der Thierhalter. Anders wenn sich Jemand ein Pferd auf einige Stunden zum Ausreiten oder Ausfahren leiht oder miethet oder wenn er es ohne Erlaubniß des Eigenthümers zu diesen Zwecken benutzt. (Vgl. RG. in Gruchot Bd. 47 S. 651 ff, S. 404, Planck Anm. 2c, Oertmann Anm. 3a zu § 833, Linckelmann a. a. O. S. 86, Isay a. a. O. S. 315). Das bloße Entlaufen des Thieres hebt die Haftung nicht ohne weiteres auf. Planck a. a. O., Linckelmann a. a. O. S. 87. — In Preußen ist Halter des Dienstpferdes eines Gendarmen dieser selbst, nicht der Staat (RG. in der JW. 1903 Beil. 12 S. 110 No. 243).

[8]) Für die Frage, ob dies der Fall ist, sind die §§ 827, 828 von Wichtigkeit. Wenn ein Geisteskranker auf Grund eines nichtigen Geschäfts einen Hund erwirbt, so hält er ihn nicht. Er haftet also nicht aus § 833. Anders, wenn der Vormund des Geisteskranken für diesen einen Hund angeschafft oder wenn der Geisteskranke einen solchen geerbt hat. Dann gilt das im Texte Gesagte. — Wie hier Oertmann Anm. 2, c zu § 833, Goslich a. a. O. S. 24, Dernburg II § 395 VI, A. M. Liszt a. a. O. S. 107, Kuhlenbeck Anm. 4 zu § 833.

4. Der Thierhalter haftet nur für die durch das Thier verursachte Tödtung, Verletzung oder Beschädigung. Der Schaden ist nur dann durch das Thier verursacht, wenn ein willkürliches Thun des Thieres den schädigenden Erfolg herbeigeführt hat [9]). Ein willkürliches Thun des Thieres liegt nicht vor, wenn das Thier nur als Werkzeug gebraucht [10]) wird und dies ist insbesondere dann der Fall, wenn es lediglich der Leitung eines Menschen folgt [11]). Im übrigen ist es für die Haftung gleichgültig, wodurch das willkürliche Thun des Thieres veranlaßt ist [12]) und ob die Tödtung, Verletzung oder Beschädigung durch unmittelbare Einwirkung des Thieres entstanden oder nur mittelbar auf

---

[9]) Es herrscht lebhafter Streit darüber, wann ein Schaden als durch das Thier verursacht anzusehen ist. Die im Texte wiedergegebene Auffassung entspricht im Allgemeinen der Rechtsprechung des Reichsgerichts (vgl. Bd. 50 S. 180 ff., Gruchot Bd. 47 S. 404 ff., 651 ff., JW. 1903 Beil. 11 S. 90 No. 208). Aus der Literatur vgl. Oertmann 4 zu § 833, Fleischauer in der JW. 1901 No. 106/107 S. 880, 1902 No. 1/2 S. 2, No. 14/15 S. 115, 1903 No. 31 S. 267, Altschul, Brückmann und Kuhlenbeck in der JW. 1902 No. 25/26 S. 202 ff, Kuhlenbeck und Israel in der JW. 1903 No. 30/33 S. 237 ff., Goslich a. a. O. S. 10 ff. — Am weitesten geht Goslich a. a. O, nach dem auch die Fälle unter die Vorschrift des § 833 fallen, in denen der Leiter des Thieres das Thier absichtlich zu dem schädigenden Thun veranlaßt hat (S. 19). — Der § 833 bedarf sowohl in Ansehung der Frage, wer als Thierhalter anzusehen ist (siehe Anm. 7) wie zur Feststellung, wann ein Schaden als durch das Thier verursacht zu gelten hat, dringend einer Revision. Die jetzige Fassung führt zu Konsequenzen, die über die Absicht des Gesetzgebers hinausgehen dürften.

[10]) Ein Vagabund entreißt einer Dame ein Schoßhündchen, wirft es einer anderen Person in das Gesicht und verletzt diese dadurch. (Fleischauer in der JW. 1901 No. 106/107 S. 881.)

[11]) Solange ein Pferd der Leitung des Kutschers folgt, ist es nur Werkzeug in dessen Hand; wird durch diese Leitung ein Schaden angerichtet, so ist dieser durch den Kutscher, nicht durch das Thier verursacht. RG. Bd. 50 S. 180 ff., Fleischauer a. a. O. — Wenn ein Reiter absichtlich in einen Topfmarkt reitet und dort Waaren beschädigt, so sollte es nicht zweifelhaft sein, daß der Fall des § 833 nicht vorliegt. Es kann rechtlich keinen Unterschied machen, ob Jemand Sachen mit der Hand, mit einem Stocke oder mit einem Pferde beschädigt. A. M. aber z. B. Goslich a. a. O. S. 19, Israel in der JW. 1903 No. 30/33 S. 240. — Dadurch allein, daß das Thier, z. B. ein Pferd, in der Lenkung eines Menschen steht, wird die Anwendung des § 833 allerdings noch nicht ausgeschlossen. Es kommt darauf an, ob das Pferd der Lenkung gefolgt ist (RG. in der JW. 1903 Beil. 11 S. 90 No. 208). Wenn also das von einem Kutscher oder Reiter gelenkte Pferd durchgeht und dabei einen Schaden anrichtet, so liegt der Fall des § 833 vor.

[12]) Diesen zutreffenden Satz (RG. in Gruchot Bd. 47 S. 404 ff.) hat das RG. in der Entscheid. ebenda Bd. 47 S. 651 ff. (vgl. auch Entsch. Bd. 54 S. 73 ff) in höchst bedenklicher Weise eingeschränkt. Danach soll ein willkürliches Thun nicht vorliegen, wenn „ein äußeres Ereigniß auf den Körper oder die Sinne des Thieres mit einer Gewalt eingewirkt hat, welcher Thiere der in Frage kommenden Art nach physiologischen Gesetzen nicht widerstehen können und wenn es im Zustande eines solchen Zwanges Schaden anrichtet." Aber das ist ja der eigentliche Fall des § 833. Wenn ein Mensch ein rothes Tuch sieht, so macht dies auf ihn keinen besonderen Eindruck. Dagegen wirkt ein solches Tuch auf einen Stier nach physiologischen Gesetzen mit einer Gewalt, der er nicht widerstehen kann; er wird rasend. Ein Mensch erschrickt wohl durch einen grellen Blitz; ein Pferd wird scheu und geht durch. Gerade gegen derartige Gefahren, die ganz besonders ein Ausfluß der thierischen Natur sind, soll § 833 schützen. Wenn man von einem „willkürlichen" Thun des Thieres spricht, so darf man doch nicht etwa daran denken, daß das Thier einen Willen habe, und dann zu einem Ausschlusse des Willens durch das unwiderstehliche äußere Ereigniß, zu einer Art Unzurechnungsfähigkeit des Thieres, kommen. Deswegen ist es auch abwegig, die Einwirkung zu Grunde zu legen, die ein Umstand „auf ein normal beschaffenes Kutschpferd" ausübt (RG. a. a. O. S. 652) und es hiervon abhängig zu machen, ob ein willkürliches Handeln vorliegt oder nicht. Abgesehen davon, daß es oft schwierig sein wird, das Verhalten des Normalpferdes bestimmten Ereignissen gegenüber festzustellen, führt man damit eine Unterscheidung in das Gesetz ein, die es nicht enthält. Der Thierhalter soll für die Gefährlichkeit jedes Thieres haften, mag es normal oder unnormal sein.

das Verhalten des Thieres zurückzuführen ist [13]). Auch letzteren Falles ist der Schaden durch das Thier verursacht.

5. Die Haftung aus § 833 ist eine solche aus einer unerlaubten Handlung im Sinne des BGB. [14]). Auf die Haftung finden deshalb in Ansehung der Verjährung § 852, bezüglich der Verantwortlichkeit Mehrerer, welche ein Thier gemeinschaftlich halten, §§ 830, 840 Abs. 1 Anwendung. Mehrere Thierhalter haften als Gesammtschuldner.

6. Neben dem Thierhalter [15]), also als Gesammtschuldner mit ihm [16]), haftet derjenige, welcher die Aufsicht über das Thier durch Vertrag (nicht nur thatsächlich) übernimmt [17]) (§ 834, z. B. Kutscher, Hirt, Wärter im zoologischen Garten). Die vertragsmäßig wahrzunehmende Funktion muß, damit eine Verantwortlichkeit aus § 834 begründet werde, im gegebenen Falle gerade die Führung der Aufsicht sein [18]). Die Haftung des Aufsichtspflichtigen setzt ein Verschulden voraus. Doch ist ihm die Beweislast dafür auferlegt, daß ein solches nicht vorliegt. Er kann den Anspruch abwenden durch den Nachweis, daß er bei Führung der Aufsicht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat oder daß der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde (§ 834 S. 2) [19]).

§ 834.

7. Bei einem konkurrierenden Verschulden des Beschädigten, z. B. wenn er das Thier gereizt hat, findet § 254 Anwendung [20]). Liegt ein Verschulden eines Dritten vor, hatte dieser z. B. das Thier gereizt, so haftet er nach § 823 und zwar als Gesammtschuldner mit dem Thierhalter und dem Aufsichtspflichtigen (§ 840 Abs. 1). In ihrem Verhältnisse zu einander ist der Dritte allein verpflichtet (§ 840 Abs. 3) [21]). — Wenn die Thiere zweier Eigenthümer einander beschädigen, so haftet jeder für den Schaden, den das

---

[13]) RG. in der JW. 1902 Beil. 3 S. 214 (No. 58), Gruchot Bd. 47 S. 649, Goslich a. a. O. S. 25. Für die Anwendung des § 833 ist es gleichgültig, ob das Pferd Jemanden durch Beißen verletzt oder dadurch, daß Jemand unter die Räder des Wagens kommt oder daß er in Folge des Durchgehens des Pferdes aus dem Wagen stürzt.

[14]) Siehe oben § 231 Anm. 2 S. 881.

[15]) Ebenso Schollmeyer a. a. O. S. 120, Oertmann Anm. 4 zu § 823, A. M. Liszt a. a. O. S. 108, nach dem neben einem Aufsichtspflichtigen der Thierhalter nur für culpa in eligendo haftet. § 831, auf den er sich stützt, kann aber gegenüber der Sondervorschrift des § 833 nicht zur Anwendung kommen.

[16]) In ihrem Verhältnisse zu einander ist der Aufsichtspflichtige allein verpflichtet; siehe § 235 Anm. 12 S. 907.

[17]) Siehe oben § 234 Anm. 2 S. 901. — Auch der, welchem die Aufsicht auf Grund des Gesetzes obliegt, z. B. der gesetzliche Vertreter eines Kindes haftet nicht nach § 834.

[18]) Vgl. RG. Bd. 50 S. 248.

[19]) Das Verschulden bezieht sich hier auf die Führung der Aufsicht; siehe oben § 234 Anm. 10 S. 902. — Darüber daß ein Vertragsverhältniß zwischen dem Thierhalter und dem Verletzten die Haftung des Ersteren aus § 833 nicht ohne weiteres ausschließt, siehe oben § 231 Anm. 5 S. 882; RG. Bd. 50 S. 244 ff.

[20]) Siehe oben § 75 unter 5 S. 301 ff., RG. Bd. 51 S. 275 ff., Gruchot Bd. 47 S. 405 ff., a. M. Goslich a. a. O. S. 24. Wenn der Aufsichtspflichtige der Verletzte ist, so ergiebt sich aus § 254, daß der Thierhalter (§ 833) nicht haftet, soweit der Aufsichtspflichtige den Schaden durch sein Verschulden verursacht hat.

[21]) Wenn der Wärter einer Thierbude es zuläßt, daß A. den Tiger neckt, und wenn das gereizte Thier den B. verletzt, so sind der Inhaber der Bude, der Wärter und A. dem B. als Gesammtschuldner ersatzpflichtig. Wird der Inhaber in Anspruch genommen, so kann er an den Wärter und an A. Regreß nehmen. Wird der Wärter in Anspruch genommen, so steht ihm ein Regreßanspruch gegen A. zu. Hält sich B. direkt an A., so steht diesem ein Ersatzanspruch nicht zu. — Zu beachten ist, daß die Anwendung des § 840 Abs. 3 voraussetzt, daß der Dritte gleichfalls aus einer unerlaubten Handlung haftet. Anderenfalls gilt § 426. RG. Bd. 53 S. 114 ff.

4. Der Thierhalter haftet nur für die durch das Thier verursachte Tödtung, Verletzung oder Beschädigung. Der Schaden ist nur dann durch das Thier verursacht, wenn ein willkürliches Thun des Thieres den schädigenden Erfolg herbeigeführt hat [9]). Ein willkürliches Thun des Thieres liegt nicht vor, wenn das Thier nur als Werkzeug gebraucht [10]) wird und dies ist insbesondere dann der Fall, wenn es lediglich der Leitung eines Menschen folgt [11]). Im übrigen ist es für die Haftung gleichgültig, wodurch das willkürliche Thun des Thieres veranlaßt ist [12]) und ob die Tödtung, Verletzung oder Beschädigung durch unmittelbare Einwirkung des Thieres entstanden oder nur mittelbar auf

---

[9]) Es herrscht lebhafter Streit darüber, wann ein Schaden als durch das Thier verursacht anzusehen ist. Die im Texte wiedergegebene Auffassung entspricht im Allgemeinen der Rechtsprechung des Reichsgerichts (vgl. Bd. 50 S. 180 ff., Gruchot Bd. 47 S. 404 ff., 651 ff., JW. 1903 Beil. 11 S. 90 No. 208). Aus der Literatur vgl. Oertmann 4 zu § 833, Fleischauer in der JW. 1901 No. 106/107 S. 880, 1902 No. 1/2 S. 2, No. 14/15 S. 115, 1903 No. 31 S. 267, Altschul, Brückmann und Kuhlenbeck in der JW. 1902 No. 25/26 S. 202 ff, Kuhlenbeck und Israel in der JW. 1903 No. 30/33 S. 237 ff., Goslich a. a. O. S. 10 ff. — Am weitesten geht Goslich a. a. O, nach dem auch die Fälle unter die Vorschrift des § 833 fallen, in denen der Leiter des Thieres das Thier absichtlich zu dem schädigenden Thun veranlaßt hat (S. 19). — Der § 833 bedarf sowohl in Ansehung der Frage, wer als Thierhalter anzusehen ist (siehe Anm. 7) wie zur Feststellung, wann ein Schaden als durch das Thier verursacht zu gelten hat, dringend einer Revision. Die jetzige Fassung führt zu Konsequenzen, die über die Absicht des Gesetzgebers hinausgehen dürften.

[10]) Ein Vagabund entreißt einer Dame ein Schoßhündchen, wirft es einer anderen Person in das Gesicht und verletzt diese dadurch. (Fleischauer in der JW. 1901 No. 106/107 S. 881.)

[11]) Solange ein Pferd der Leitung des Kutschers folgt, ist es nur Werkzeug in dessen Hand; wird durch diese Leitung ein Schaden angerichtet, so ist dieser durch den Kutscher, nicht durch das Thier verursacht. RG. Bd. 50 S. 180 ff., Fleischauer a. a. O. — Wenn ein Reiter absichtlich in einen Topfmarkt reitet und dort Waaren beschädigt, so sollte es nicht zweifelhaft sein, daß der Fall des § 833 nicht vorliegt. Es kann rechtlich keinen Unterschied machen, ob Jemand Sachen mit der Hand, mit einem Stocke oder mit einem Pferde beschädigt. A. M. aber z. B. Goslich a. a. O. S. 19, Israel in der JW. 1903 No. 30/33 S. 240. — Dadurch allein, daß das Thier, z. B. ein Pferd, in der Lenkung eines Menschen steht, wird die Anwendung des § 833 allerdings noch nicht ausgeschlossen. Es kommt darauf an, ob das Pferd der Lenkung gefolgt ist (RG. in der JW. 1903 Beil. 11 S. 90 No. 208). Wenn also das von einem Kutscher oder Reiter gelenkte Pferd durchgeht und dabei einen Schaden anrichtet, so liegt der Fall des § 833 vor.

[12]) Diesen zutreffenden Satz (RG. in Gruchot Bd. 47 S. 404 ff.) hat das RG. in der Entscheid. ebenda Bd. 47 S. 651 ff. (vgl. auch Entsch. Bd. 54 S. 73 ff) in höchst bedenklicher Weise eingeschränkt. Danach soll ein willkürliches Thun nicht vorliegen, wenn „ein äußeres Ereigniß auf den Körper oder die Sinne des Thieres mit einer Gewalt eingewirkt hat, welcher Thiere der in Frage kommenden Art nach physiologischen Gesetzen nicht widerstehen können und wenn es im Zustande eines solchen Zwanges Schaden anrichtet." Aber das ist ja der eigentliche Fall des § 833. Wenn ein Mensch ein rothes Tuch sieht, so macht dies auf ihn keinen besonderen Eindruck. Dagegen wirkt ein solches Tuch auf einen Stier nach physiologischen Gesetzen mit einer Gewalt, der er nicht widerstehen kann; er wird rasend. Ein Mensch erschrickt wohl durch einen grellen Blitz; ein Pferd wird scheu und geht durch. Gerade gegen derartige Gefahren, die ganz besonders ein Ausfluß der thierischen Natur sind, soll § 833 schützen. Wenn man von einem „willkürlichen" Thun des Thieres spricht, so darf man doch nicht etwa daran denken, daß das Thier einen Willen habe, und dann zu einem Ausschlusse des Willens durch das unwiderstehliche äußere Ereigniß, zu einer Art Unzurechnungsfähigkeit des Thieres, kommen. Deswegen ist es auch abwegig, die Einwirkung zu Grunde zu legen, die ein Umstand „auf ein normal beschaffenes Kutschpferd" ausübt (RG. a. a. O. S. 652) und es hiervon abhängig zu machen, ob ein willkürliches Handeln vorliegt oder nicht. Abgesehen davon, daß es oft schwierig sein wird, das Verhalten des Normalpferdes bestimmten Ereignissen gegenüber festzustellen, führt man damit eine Unterscheidung in das Gesetz ein, die es nicht enthält. Der Thierhalter soll für die Gefährlichkeit jedes Thieres haften, mag es normal oder unnormal sein.

das Verhalten des Thieres zurückzuführen ist [13]. Auch letzteren Falles ist der Schaden durch das Thier verursacht.

5. Die Haftung aus § 833 ist eine solche aus einer unerlaubten Handlung im Sinne des BGB. [14]. Auf die Haftung finden deshalb in Ansehung der Verjährung § 852, bezüglich der Verantwortlichkeit Mehrerer, welche ein Thier gemeinschaftlich halten, §§ 830, 840 Abs. 1 Anwendung. Mehrere Thierhalter haften als Gesammtschuldner.

6. Neben dem Thierhalter [15], also als Gesammtschuldner mit ihm [16], haftet derjenige, welcher die Aufsicht über das Thier durch Vertrag (nicht nur thatsächlich) übernimmt [17] (§ 834, z. B. Kutscher, Hirt, Wärter im zoologischen Garten). Die vertragsmäßig wahrzunehmende Funktion muß, damit eine Verantwortlichkeit aus § 834 begründet werde, im gegebenen Falle gerade die Führung der Aufsicht sein [18]. Die Haftung des Aufsichtspflichtigen setzt ein Verschulden voraus. Doch ist ihm die Beweislast dafür auferlegt, daß ein solches nicht vorliegt. Er kann den Anspruch abwenden durch den Nachweis, daß er bei Führung der Aufsicht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat oder daß der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde (§ 834 S. 2) [19]. **§ 834.**

7. Bei einem konkurrierenden Verschulden des Beschädigten, z. B. wenn er das Thier gereizt hat, findet § 254 Anwendung [20]. Liegt ein Verschulden eines Dritten vor, hatte dieser z. B. das Thier gereizt, so haftet er nach § 823 und zwar als Gesammtschuldner mit dem Thierhalter und dem Aufsichtspflichtigen (§ 840 Abs. 1). In ihrem Verhältnisse zu einander ist der Dritte allein verpflichtet (§ 840 Abs. 3) [21]. — Wenn die Thiere zweier Eigenthümer einander beschädigen, so haftet jeder für den Schaden, den das

---

[13] RG. in der JW. 1902 Beil. 3 S. 214 (No. 58), Gruchot Bd. 47 S. 649, Goslich a. a. O. S. 25. Für die Anwendung des § 833 ist es gleichgültig, ob das Pferd Jemanden durch Beißen verletzt oder dadurch, daß Jemand unter die Räder des Wagens kommt oder daß er in Folge des Durchgehens des Pferdes aus dem Wagen stürzt.

[14] Siehe oben § 231 Anm. 2 S. 881.

[15] Ebenso Schollmeyer a. a. O. S. 120, Oertmann Anm. 4 zu § 823, A. M. Liszt a. a. O. S. 108, nach dem neben einem Aufsichtspflichtigen der Thierhalter nur für culpa in eligendo haftet. § 831, auf den er sich stützt, kann aber gegenüber der Sondervorschrift des § 833 nicht zur Anwendung kommen.

[16] In ihrem Verhältnisse zu einander ist der Aufsichtspflichtige allein verpflichtet; siehe § 235 Anm. 12 S. 907.

[17] Siehe oben § 234 Anm. 2 S. 901. — Auch der, welchem die Aufsicht auf Grund des Gesetzes obliegt, z. B. der gesetzliche Vertreter eines Kindes haftet nicht nach § 834.

[18] Vgl. RG. Bd. 50 S. 248.

[19] Das Verschulden bezieht sich hier auf die Führung der Aufsicht; siehe oben § 234 Anm. 10 S. 902. — Darüber daß ein Vertragsverhältniß zwischen dem Thierhalter und dem Verletzten die Haftung des Ersteren aus § 833 nicht ohne weiteres ausschließt, siehe oben § 231 Anm. 5 S. 882; RG. Bd. 50 S. 244 ff.

[20] Siehe oben § 75 unter 5 S. 301 ff., RG. Bd. 51 S. 275 ff., Gruchot Bd. 47 S. 405 ff., a. M. Goslich a. a. O. S. 24. Wenn der Aufsichtspflichtige der Verletzte ist, so ergiebt sich aus § 254, daß der Thierhalter (§ 833) nicht haftet, soweit der Aufsichtspflichtige den Schaden durch sein Verschulden verursacht hat.

[21] Wenn der Wärter einer Thierbude es zuläßt, daß A. den Tiger neckt, und wenn das gereizte Thier den B. verletzt, so sind der Inhaber der Bude, der Wärter und A. dem B. als Gesammtschuldner ersatzpflichtig. Wird der Inhaber in Anspruch genommen, so kann er an den Wärter und an A. Regreß nehmen. Wird der Wärter in Anspruch genommen, so steht ihm ein Regreßanspruch gegen A. zu. Hält sich B. direkt an A., so steht diesem ein Ersatzanspruch nicht zu. — Zu beachten ist, daß die Anwendung des § 840 Abs. 3 voraussetzt, daß der Dritte gleichfalls aus einer unerlaubten Handlung haftet. Anderenfalls gilt § 426. RG. Bd. 53 S. 114 ff.

von ihm gehaltene dem anderen Thiere zugefügt hat. Soweit ein Verschulden eines Eigenthümers vorliegt, findet auch hier § 254 Anwendung[22]).

8. Aufrechterhalten sind durch Art. 89 EG. die landesgesetzlichen Vorschriften über die zum Schutze der Grundstücke und der Erzeugnisse von Grundstücken gestattete Pfändung von Sachen einschließlich der Vorschriften über die Entrichtung von Pfand- oder Ersatzgeld[23]).

§ 835. EG. Art. 71.

II. Das BGB. regelt auch die Verpflichtung zum Ersatze des Wildschadens (§ 835)[24]). Es handelt sich hier um einen dem § 833 entsprechenden Fall, nämlich um die Beschädigung einer Sache (eines Grundstücks) durch Thiere, für welche regelmäßig, entsprechend dem Thierhalter, der Jagdberechtigte ersatzpflichtig ist.

Für den Ersatzanspruch gilt folgendes:

1. Gegenstand des Schadensersatzes ist nur (§ 835 Abs. 1)

a) der durch Schwarz-, Roth-, Elch-, Dam- oder Rehwild oder durch Fasanen, nicht der durch andere jagdbare Thiere (z. B. Hasen), verursachte Schaden. Doch können die Landesgesetze bestimmen, daß auch der durch andere jagdbare Thiere angerichtete Schaden zu erstatten ist (EG. Art. 71 Nr. 1)[25]),

b) der durch das Schadenwild an Grundstücken jeder Art — nicht nur an land- und forstwirthschaftlichen, z. B. auch an Gärten[26]) — angerichtete Schaden. Als Wildschaden gilt namentlich auch der an den Erzeugnissen verursachte Schaden und zwar auch dann, wenn die Erzeugnisse bereits vom Grund und Boden getrennt, nicht aber wenn sie schon eingeerntet waren (§ 835 Abs. 1 S. 2)[27]).

2. Berechtigt zum Schadensersatz ist der Verletzte. Dies kann der Eigenthümer des beschädigten Grundstücks oder derjenige sein, welchem ein dingliches oder obligatorisches Nutzungsrecht in Ansehung des Grundstücks zusteht (z. B. Nießbraucher, Pächter). Voraussetzung für den Schadensersatzanspruch ist, daß dem Eigenthümer des beschädigten Grundstücks nicht das Jagdrecht an diesem gesetzlich zusteht (§ 835 Abs. 1) oder daß, falls es ihm zusteht, ihm dessen Ausübung durch das Gesetz entzogen ist (§ 835 Abs. 2 S. 1, preußisches Jagdpolizeigesetz vom 7. März 1850 §§ 2 ff.)[28]). Daher hat weder der Pächter des Grundstücks gegen den Eigenthümer, der sich die Aus-

---

[22]) Vgl. Oertmann Anm. 4 zu § 833, Goslich a. a. O. S. 23.

[23]) Vgl. preußische Feldpolizei-Ordnung vom 1. 11. 1847 §§ 4 ff., 8, 16, Feld- und Forstpolizei-Ordnung vom 1. 4. 1880 § 69.

[24]) Das Jagdrecht ist der Landesgesetzgebung vorbehalten (EG. Artikel 69; preußisches Jagdpolizeigesetz vom 7. März 1850), nur der Ersatz des Wildschadens untersteht dem BGB. Doch sind auch hier zahlreiche Vorbehalte für die Landesgesetzgebung gemacht (EG. Art. 70—72, Wildschadengesetz vom 11. Juli 1891).

[25]) In Preußen ist dies bisher nicht der Fall. Ges. v. 11. Juli 1891 § 1.

[26]) Vgl. RG. Bd. 52 S. 349 ff.

[27]) Als eingeerntet gelten sie nicht nur, wenn sie in die Scheune gebracht, sondern auch schon, wenn sie z. B. in Miethen zusammengestellt sind (KB. zu § 819 E. IV). Vgl. hierzu Oertmann Anm. 3d zu § 835.

[28]) Steht dem Eigenthümer das Jagdrecht zu und darf er es ausüben, so entfällt der Anspruch, weil sich der Eigenthümer durch Ausübung der Jagd gegen die von dem Wilde drohende Gefahr schützen kann. — Besteht in Ansehung des Grundstücks ein zeitlich nicht begrenztes dingliches oder persönliches Nutzungsrecht (z. B. Erbpacht), so hängt der Ersatzanspruch davon ab, ob dem Nutzungsberechtigten (nicht dem Eigenthümer) das Jagdrecht beziehungsweise dessen Ausübung zusteht. EG. Art. 72.

übung des Jagdrechts vorbehalten hat, noch der Eigenthümer gegen den Jagdpächter auf Grund des Gesetzes [29]) einen Anspruch auf Ersatz des Wildschadens.

3. Verpflichtet zum Schadensersatz ist:

a) bei Jagdgerechtigkeiten an fremden Grundstücken der Jagdberechtigte (§ 835 Abs. 1 S. 1, vgl. jedoch §§ 1 und 2 des Preußischen Gesetzes vom 31. 10. 1848),

b) wenn zwar das Jagdrecht an dem beschädigten Grundstücke dem Eigenthümer zusteht, ihm aber dessen Ausübung durch das Gesetz entzogen ist (preußisches Ges. v. 7. März 1850 §§ 4, 10), der nach dem Gesetze zur Ausübung des Jagdrechts Berechtigte (§ 835 Abs. 2 S. 1),

c) wenn das Jagdrecht wegen der Lage des Grundstücks nur gemeinschaftlich mit dem Jagdrecht auf einem anderen Grundstück ausgeübt werden darf (Jagdenklave), der Eigenthümer des Grundstücks, welcher das Jagdrecht von dem Eigenthümer des anderen Grundstücks gepachtet oder nach Landesrecht auch der, welcher die angebotene Pachtung abgelehnt hat (§ 835 Abs. 2 S. 2, EG. Art. 71 Nr. 3, Gesetz vom 7. März 1850 § 6, Ges. vom 11. Juli 1891 § 3).

d) Die Landesgesetze können bestimmen, daß für den Wildschaden, der durch ein aus einem Gehege ausgetretenes jagdbares Thier angerichtet wird, der Eigenthümer oder der Besitzer des Geheges verantwortlich ist (EG. Art. 71 Nr. 2) [30]).

4. Die Verpflichtung aus § 835 ist von einem Verschulden unabhängig [31]). Trotzdem stellt sie eine Verpflichtung aus einer unerlaubten Handlung im Sinne des Gesetzes dar [32]). Es finden daher in Ansehung der Verjährung § 852, hinsichtlich der Haftung mehrerer Verpflichteter die §§ 830, 840 Abs. 1 Anwendung. Doch weicht das Gesetz von der gesammtschuldnerischen Haftung Mehrerer für den Fall ab, daß die Grundstückseigenthümer eines Bezirkes durch das Gesetz zu einem Jagdverbande vereinigt sind. In diesem Falle bestimmt sich zunächst nach dem Inhalte des betreffenden Gesetzes, ob der Verband als solcher für den Wildschaden haftet oder nicht (§ 835 Abs. 3). Auch können die Landesgesetze bestimmen, daß an Stelle der Eigenthümer die Gemeinde zum Ersatze verpflichtet und zum Rückgriff auf die Eigenthümer berechtigt oder daß an Stelle der Eigenthümer oder des Verbandes oder der Gemeinde oder neben ihnen der Jagdpächter zum Schadensersatze verpflichtet ist (EG. Art. 71 Nr. 6). Haften aber die Eigenthümer selbst, so sind sie, falls nicht die Landesgesetze ein Anderes bestimmen (EG. Art. 71 Nr. 5), abweichend vom § 840 Abs. 1 nur nach dem Verhältnisse der Größe ihrer Grundstücke verantwortlich (§ 853 Abs. 3) [33]).

5. Bei einem konkurrierenden Verschulden des Verletzten findet

---

[29]) Eine Haftung besteht in diesem Falle nur, wenn sie im Vertrag ausbedungen oder nach Maßgabe der allgemeinen Vorschriften über unerlaubte Handlungen begründet ist. Ebenso Schollmeyer a. a. O. S. 120. Ohne besondere Vereinbarung haftet der Eigenthümer auf Grund des Pachtvertrags nicht. Oertmann Anm. 3a zu § 835, a. M. Endemann I § 202 Anm. 16.

[30]) Für Preußen besteht eine entsprechende Bestimmung in Ansehung des Schwarzwildes. Gesetz vom 11. Juli 1891 § 14.

[31]) Auch hier ist deshalb die Anwendung der §§ 827, 828 ausgeschlossen; siehe oben unter I, 3 S. 913.

[32]) Siehe oben § 231 Anm. 2 S. 881.

[33]) In Preußen haften die Grundbesitzer des Jagdbezirkes und zwar nach § 853 Abs. 3, mit dem § 2 des Gesetzes vom 11. 7. 1891 übereinstimmt.

§ 254 Anwendung. Danach wird der Ersatzanspruch ausgeschlossen sein, soweit Bodenerzeugnisse in der Absicht gezogen oder erheblich über die gewöhnliche Erntezeit hinaus auf dem Felde belassen sind, um Schadensersatz zu erzielen[34], oder wenn der Beschädigte die Anwendung derjenigen Abwehrmaßregeln unterlassen hat, welche ihm nach den Umständen des einzelnen Falles zugemuthet werden konnten[35]. — Die Landesgesetze können bestimmen, daß der an Gärten, Obstgärten, Weinbergen, Baumschulen und einzelstehenden Bäumen angerichtete Wildschaden dann nicht zu ersetzen ist, wenn die Herstellung von Schutzvorrichtungen unterblieben ist, die unter gewöhnlichen Umständen zur Abwendung des Schadens ausreichen (EG. Art. 71 Nr. 4)[35].

6. Hat ein Dritter den Schaden verursacht, so haftet er nach den allgemeinen Grundsätzen. Im Verhältnisse zu dem nach § 835 Verantwortlichen ist er allein verpflichtet. (§ 840 Abs. 3). — Wenn der Schaden durch Wild angerichtet ist, das nicht seinen ständigen Aufenthalt in dem Jagdbezirke hat, zu dem das beschädigte Grundstück gehört, so steht dem Ersatzpflichtigen ein Regreß an denjenigen, aus dessen Revier das Wild ausgetreten ist, nicht zu. Doch können die Landesgesetze ein derartiges Rückgriffsrecht gewähren (EG. Art. 71 Nr. 7).

7. Aufrechterhalten sind die landesgesetzlichen Vorschriften über die Feststellung des Wildschadens sowie über die Fristen, innerhalb deren der Anspruch auf Ersatz des Wildschadens bei der zuständigen Behörde geltend gemacht werden muß (EG. Art. 70, Gesetz vom 11. Juli 1891 §§ 6 ff.).

III. Der Satz „qui jure suo utitur, neminem laedit“ gilt auch nach dem BGB., jedoch mit der Einschränkung, daß die chikanöse Ausübung eines Rechtes unzulässig ist (§ 226)[36] und daß die vorsätzliche Schadenszufügung zum Ersatze des Schadens auch dann verpflichtet, wenn der Handelnde zwar in Ausübung eines Rechtes, aber in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise gehandelt hat (§ 826)[37]. Wichtige Ausnahmen von diesem Grundsatze bestimmt die CPO. In gewissen prozessualischen Fällen, in denen auf Grund vorläufiger durch das Gesetz zugelassener Rechtsbehelfe dem Gegner ein Schaden verursacht ist, ist die handelnde Partei, falls sich die Prozeßhandlung später als ungerechtfertigt herausstellt, ohne Rücksicht auf ein Verschulden zum Schadensersatze verpflichtet[38]. Soweit den Handelnden ein Verschulden nicht trifft, liegt hier eine Schadensersatzpflicht aus einer unverschuldeten rechtmäßigen Handlung vor. Die einzelnen Fälle sind die folgenden:

1. Hat der nach § 89 Abs. 1 CPO. zur Prozeßführung einstweilen Zugelassene bei Erlaß des Urtheils die Genehmigung der Partei nicht beigebracht, so ist er zum Ersatze der dem Gegner entstandenen Kosten und Schäden verpflichtet (CPO. § 85 Abs. 1).

2. Wenn ein unter Vorbehalt der Entscheidung über die Aufrechnung ergangenes Urtheil vollstreckt oder wenn zur Abwendung der Vollstreckung eine Leistung gemacht worden ist und demnächst das Urtheil in dem wegen der Aufrechnung anhängig bleibenden Verfahren aufgehoben wird, so ist der Kläger zum Ersatze des Schadens verpflichtet, der dem Beklagten durch die Vollstreckung

[34] Vgl. den durch das BGB. aufgehobenen § 4 des preußischen Gesetzes vom 11. Juli 1891.
[35] Vgl. RG. Bd. 52 S. 349 ff.
[36] Siehe oben § 67 S. 275 ff.
[37] Siehe oben § 231 S. 887 ff.
[38] Siehe oben § 69 Anm. 6 S. 284.

oder durch die zu deren Abwendung gemachte Leistung[39]) entstanden ist (CPO. § 302 Abs. 1, 4).

3. Das Gleiche gilt, wenn ein im Urkundenprozeß unter Vorbehalt der Ausführung der Rechte ergangenes Urtheil im ordentlichen Verfahren aufgehoben wird (CPO. § 600 Abs. 2).

4. Wenn durch die Vollstreckung eines vorläufig vollstreckbaren Urtheils[40]) oder durch eine zur Abwendung der Vollstreckung aus einem solchen Urtheile gemachte Leistung[41]) dem Beklagten ein Schaden entstanden ist, ist der Kläger zu dessen Ersatze verpflichtet, wenn das Urtheil aufgehoben oder abgeändert wird[42]) (CPO. § 717 Abs. 2).

5. Endlich ist derjenige, welcher die Anordnung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung erwirkt hat, dem Gegner zum Ersatze des Schadens verpflichtet, der dem Gegener durch die Vollziehung der angeordneten Maßregel oder durch die zur Abwendung der Vollziehung oder Aufhebung der Maßregel bewirkte Sicherheitsleistung entstanden ist, wenn sich die Anordnung des Arrestes oder der einstweiligen Verfügung als von Anfang an ungerechtfertigt erweist oder wenn die angeordnete Maßregel auf Grund des § 926 Abs. 2 oder § 942 Abs. 3 (nicht des § 927) CPO. aufgehoben wird (CPO. § 945)[43]).

Nach Maßgabe der angeführten Vorschriften der CPO. wird zwischen den Betheiligten ein Schuldverhältniß begründet. Auf dieses finden die entsprechenden Vorschriften des BGB., insbesondere auch die §§ 249 ff., 254 Anwendung[44]).

§ 238. Der Inhalt der Schadensersatzpflicht.

Für den Umfang der Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen und die Art, wie Schadensersatz zu leisten ist, gelten grundsätzlich die allgemeinen Vorschriften der §§ 249 ff.[1]) Hervorzuheben ist, daß danach auch bei der Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen für die Entschädigung

---

[39]) Trotz des Wortlauts des Gesetzes wird durch die freiwillige Hinterlegung auf Grund des § 713 Abs. 2 CPO. die Schadensersatzpflicht nicht begründet. Die Vollstreckung muß entweder versucht sein oder sie muß wenigstens nach der ausdrücklichen oder stillschweigenden Erklärung des Gläubigers drohen. Vgl. Wach in der DJZ. 1898 S. 66 Anm. 1.

[40]) Für das preußische Recht vgl. Ober-Trib. Bd. 31 S. 9, Rehbein, die Entscheidungen des Preuß. Obertribunals erste Auflage I S. 593 Anm., Dernburg PP. II § 295 Nr. 3, Eccius I § 90 A., RG. Bd. 30 S. 418 ff.

[41]) Siehe Anm. 39.

[42]) Nicht wenn nur die Vollstreckbarkeit wegen Mangels der gesetzlichen Voraussetzungen aufgehoben, in der Sache selbst aber das Urtheil demnächst rechtskräftig wird, vgl. die Begründung des Entwurfs der Nov. CPO. Reichstagsvorlage, 9. Legislatur-Periode 1897/98 Nr. 61 S. 146. Ueber § 717 Abs. 2 CPO. vgl. des Näheren Gaupp-Stein Bem. II zu diesem §.

[43]) Anders für das preußische Recht Ober-Trib. Bd. 19 S. 11, RG. Bd. 7 S. 374 ff., Bd. 16 S. 328, Koch Anm. 10 zu § 137 I 6 ALR., Dernburg PP. II § 295 Nr. 3. Abweichend Eccius I § 90 Anm. 16.

[44]) Von Wichtigkeit ist die Anwendung des § 254. Nach diesem wird z. B. durch Vollstreckung eines vorläufig vollstreckbaren Versäumnißurtheils in der Regel eine Schadensersatzpflicht nicht begründet werden, da die Säumniß des Schuldners ein Verschulden bei der Abwendung des ihm drohenden Schadens enthält, ohne welches der Schaden nicht entstanden wäre. — Bezeichnend ist, daß die Schadensersatzpflicht auf den Fall der §§ 540, 541, 279 nicht ausgedehnt ist, weil sie hier durch das konkurrierende Verschulden des Beklagten ausgeschlossen ist; vgl. die Begründung des Entwurfs der Nov. CPO. a. a. O. S. 120.

[1]) Siehe oben § 75 S. 298 ff.

in Geld [2]), vorbehaltlich der Bestimmung des § 847, nur ein Vermögensschaden in Betracht kommt (§ 253) und daß der Schadensersatzanspruch auch auf ein Unterlassen gerichtet sein kann. Dies ist dann der Fall, wenn ein unerlaubtes Verhalten bereits verwirklicht wurde, außerdem aber weitere Eingriffe zu befürchten sind [3]). Im übrigen enthält das BGB. in den §§ 842—851 wichtige Sonderbestimmungen über den Inhalt der Schadensersatzpflicht.

I. Für die Schadensersatzansprüche wegen Tödtung eines Menschen gelten die Sonderbestimmungen der §§ 844—846.

Tödtung ist jede Handlung, durch die der Tod eines Menschen verursacht wird. Die strafrechtlichen Unterschiede in Ansehung der Tödtung (vergl. StrGB. §§ 211 ff., 222, 226, 206, 216) kommen für die zivilrechtliche Haftung nicht in Betracht. Der Umfang der Schadensersatzpflicht und die Berechtigung zum Schadensersatze richten sich nach den allgemeinen Vorschriften und den Sonderbestimmungen der §§ 844—846. Der Umfang der Schadensersatzpflicht ist auch hier von dem Grade des Verschuldens unabhängig.

Bei der Tödtung eines Menschen kommen folgende Ansprüche in Betracht:

1. Ein Anspruch des Verletzten selbst, welcher demnächst auf seine Erben übergeht, kann nur in Frage kommen, wenn der Tod erst mittelbar eingetreten ist. In diesem Falle hat der Thäter den Schaden zu ersetzen, welcher dem Verletzten, so lange er lebte, durch die tödtliche Verletzung verursacht ist [4]). Hierher gehören insbesondere die Kosten der versuchten Heilung. — Einen Schaden, welchen das Vermögen des Getödteten durch dessen vorzeitigen Tod erleidet [5]), können die Erben nicht ersetzt verlangen.

§ 844. 2. Ausnahmsweise sind im Falle der Tödtung auch einigen nur mittelbar Geschädigten Schadensersatzansprüche gewährt.

a) Die Kosten der Beerdigung sind demjenigen zu ersetzen, welchem die Verpflichtung zur Tragung dieser Kosten obliegt (§ 844 Abs. 1, vergl. §§ 1968, 1615 Abs. 2, 1580 Abs. 3, 1713 Abs. 2) [6]). Ein Ersatz der Trauerkosten findet nicht statt.

b) Ein Schadensersatzanspruch steht ferner den Personen zu, welchen der Verletzte zur Zeit der Verletzung kraft Gesetzes unter-

---

[2]) Nicht für den Schadensersatzanspruch überhaupt, wie die M. II S. 729 ff. irrig bemerken. Siehe oben § 75 Anm. 5 S. 299.

[3]) RG. Bd. 48 S. 118 ff., Gruchot Bd. 47 S. 497, JW. 1902 Beil. 11 S. 264 Nr. 192, 1903 Beil. 1 S. 11 Nr. 23.

[4]) Es handelt sich hier um Ansprüche aus der Körperverletzung (§§ 823, 843), nicht aus der Tödtung. Ansprüche, welche dem Getödteten oder seinen Erben als solchen aus der Tödtung zustehen, giebt es nicht. Das Wort „Leben" könnte im § 823 Abs. 1 fehlen. Alle in Betracht kommenden Ansprüche beruhen auf der Verletzung des Körpers und der Gesundheit oder auf den §§ 844, 845.

[5]) z. B. durch vorzeitiges Erlöschen eines an die Person des Getödteten geknüpften Vermögensrechts (eines Nießbrauchs, einer Rente) oder wegen Verhinderung des Erwerbes eines Vermögensrechts (z. B. der im 38. Lebensjahr Getödtete sollte ein Vermächtniß erhalten, wenn er das 40. Lebensjahr vollendete). Der Getödtete hat einen Anspruch nicht mehr erworben, der auf die Erben übergehen konnte. Den Erben steht als den nur mittelbar Geschädigten ein selbständiger Anspruch nicht zu. (Anders E. I § 722 Abs. 2.)

[6]) Auch dem vertragsmäßig Verpflichteten, nicht aber dem, welcher die Beerdigung freiwillig übernahm. Oertmann Anm. 4 a zu § 844. Die Verpflichtung zum Ersatze der Beerdigungskosten geht über die Verpflichtung zum Schadensersatze hinaus, da diese Kosten stets nöthig werden. Der Schaden besteht nur in der vorzeitigen Aufwendung. Vgl. M. II S. 775.

haltspflichtig war oder werden konnte, wenn ihnen in Folge der Tödtung das Recht auf den Unterhalt entzogen ist (§ 844 Abs. 2)[7].

Voraussetzung des Anspruchs ist,

α) daß die Unterhaltspflicht des Getödteten auf Gesetz beruhte[8]. Ein vertragsmäßiges Recht auf Unterhalt oder ein nur thatsächlich gewährter Unterhalt begründet einen Schadensersatzanspruch gegen den Thäter nicht;

β) daß das Verhältniß des Dritten zu dem Getödteten, auf dem die gesetzliche Unterhaltspflicht des Letzteren beruhte, zur Zeit der Verletzung[9]) bestand[10]. Doch tritt die Verpflichtung auch dann ein, wenn der Dritte zur Zeit der Verletzung erzeugt, aber noch nicht geboren war (§ 844 Abs. 2 S. 2). Nicht erforderlich ist, daß der Anspruch auf den Unterhalt zur Zeit der Verletzung bereits erworben war („unterhaltspflichtig war oder unterhaltspflichtig werden konnte"). Es genügt, daß der Dritte zu dieser Zeit zu den im Gesetz als unterhaltsberechtigt bezeichneten Personen gehörte[11];

γ) daß dem Dritten in Folge der Tödtung das Recht auf den Unterhalt entzogen ist. Geht die Verpflichtung zur Gewährung des Unterhalts auf die Erben des Getödteten über (z. B. §§ 1582, 1712), so ist ein Schaden nicht entstanden, also auch ein Schadensersatzanspruch nicht gegeben. Hiermit ist der Fall nicht zu verwechseln, in dem der Unterhaltsanspruch gegen den Getödteten untergeht, aber ein anderer bisher nur subsidiär Verpflichteter unterhaltspflichtig wird (vgl. § 1606). Eine solche Verpflichtung steht dem Schadensersatzanspruche nicht entgegen (§§ 844 Abs. 2 S. 1, 843 Abs. 4)[12].

Der Umfang der Schadensersatzpflicht richtet sich ausschließlich nach der Unterhaltspflicht des Getödteten. Soweit dieser zur Gewährung des Unterhalts verpflichtet gewesen wäre, soweit ist es nun der Ersatzpflichtige[13]. Auf die Vermögensverhältnisse des Letzteren kommt es daher nicht an. Vermögensvortheile, welche dem Dritten in Folge der Tödtung zugefallen sind, sind bei Beantwortung der Frage zu berücksichtigen, ob überhaupt ein Schaden entstanden ist (compensatio lucri et damni)[14].

---

[7]) Vgl. Gesetz vom 26. 5. 98 betreffend die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen § 1 Abs. 2.

[8]) Dies ist der Fall beim Ehemanne (§§ 1360 Abs. 1, 1578 Abs. 1), der Ehefrau (§§ 1360 Abs. 2, 1578 Abs. 2), bei Verwandten in gerader Linie (§§ 1601 ff., 1699, 1703), dem Vater des unehelichen (§ 1708), des für ehelich erklärten (§§ 1736, 1739) und des an Kindesstatt angenommenen Kindes (§§ 1759, 1765 Abs. 2).

[9]) Nicht der Begehung der unerlaubten Handlung. Wenn ein fehlerhafter Bau erst längere Zeit nach der Vollendung einstürzt und dadurch ein Mensch getödtet wird, so kommt es auf die Zeit des Einsturzes, nicht der Vollendung des Baues an. M. II S. 780.

[10]) Wenn sich z. B. der Verletzte nach der Verletzung verheirathet hat, so steht im Falle seines Todes der Wittwe und den aus dieser Ehe stammenden Kindern der Anspruch aus § 844 Abs. 2 nicht zu. Ebenso Unfallversicherungsgesetz vom 6. Juli 1884 § 6 No. 2 a Abs. 4.

[11]) Ein großjähriger Sohn, welcher sich zur Zeit der Tödtung des Vaters selbst erhält (§ 1602), hat gegen den Thäter einen Anspruch auf Schadensersatz, wenn er später unfähig wird, sich selbst zu unterhalten. Dem minderjährigen Kinde, das zur Zeit der Tödtung der Mutter vom Vater unterhalten wird, steht nach dem Tode des Vaters ein Schadensersatzanspruch gegen den Thäter zu (§§ 1606 Abs. 2, 1602 Abs. 2).

[12]) Anderenfalls würden die Folgen der Tödtung von dem Thäter auf den subsidiär Verpflichteten abgewälzt werden.

[13]) Ein Anspruch auf Aussteuer (vgl. BGB. § 1620) ist dem Kinde durch § 844 nicht gegeben.

[14]) Vgl. zu dieser Frage M. II S. 783—784 und Oertmann, die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch (Berlin 1901). — Wenn ein von seinem Vater unterhaltener Minderjähriger bei der Tödtung des Vaters von diesem dessen Million erbt, so steht ihm ein

Der Schadensersatz ist regelmäßig durch Entrichtung einer Geldrente zu leisten (§ 844 Abs. 2 S. 1; vgl. Haftpflichtgesetz vom 7. Juni 1871 § 7, Unfallversicherungsgesetz vom 6. Juli 1884 § 5 Abs. 2 Nr. 2).

α) Die Rente ist für die Zeit zu gewähren, für welche der Getödtete zur Gewährung des Unterhalts verpflichtet gewesen wäre (§ 844 Abs. 2) [15]. Begrenzt wird die Dauer der Rente durch die muthmaßliche Dauer des Lebens des Getödteten [16]. Wenn im Falle der Verurtheilung zur Zahlung der Rente nach Schluß der mündlichen Verhandlung (CPO. § 767 Abs. 2) eine Aenderung der Verhältnisse eintritt, welche für die Bestimmung der Höhe der Rente oder der Dauer ihrer Entrichtung maßgebend waren, so kann jeder Theil im Wege der Klage eine entsprechende Abänderung des Urtheils für die Zeit nach Erhebung der Klage auf Abänderung verlangen (CPO. § 324) [17].

β) Die Rente ist für 3 Monate vorauszuzahlen (§ 760 Abs. 2, §§ 844 Abs. 2, 843 Abs. 2; vgl. auch § 760 Abs. 3).

γ) Darüber, ob der Ersatzpflichtige Sicherheit wegen der Rente zu leisten, in welcher Art und für welchen Betrag dies zu geschehen hat, entscheidet das Gericht unter Berücksichtigung der Umstände des einzelnen Falles nach freiem Ermessen (§§ 844 Abs. 2, 843 Abs. 2 S. 2). Die Sicherheitsleistung kann gleichzeitig mit der Rente oder auch nach Erlaß des Urtheils über die Rente gefordert werden, letzteres, wenn die Vermögensverhältnisse des Verpflichteten sich erheblich verschlechtert haben. Unter der gleichen Voraussetzung kann auch eine Erhöhung der im Urtheile bestimmten Sicherheit verlangt werden (CPO. § 324).

δ) Der Anspruch auf die Rente ist kein Anspruch auf Unterhalt, sondern ein Schadensersatzanspruch wegen Entziehung des Unterhalts (§ 844 Abs. 2). Er unterliegt daher der dreijährigen Verjährung (§ 852). Im Uebrigen ist er jedoch in verschiedenen Beziehungen dem Unterhaltsanspruche gleich gestellt. Er ist unpfändbar (CPO. § 850 Nr. 2), er kann nicht abgetreten werden (§ 400, vgl. §§ 1069 Abs. 2, 1274 Abs. 2), eine Aufrechnung findet gegen ihn nicht statt (§ 394) [18].

Schadensersatzanspruch wegen Entziehung des Unterhalts gegen den Thäter nicht zu. Ein Schaden ist für das Kind in Ansehung des Unterhalts nicht entstanden. Auch würde der Vater selbst zum Unterhalte nicht verpflichtet sein, wenn das Kind Vermögen hat (§ 1602 Abs. 2).

[15] Z. B. bis zur Volljährigkeit des minderjährigen unverheiratheten Kindes (§ 1602 Abs. 2). Nach erlangter Volljährigkeit kann das Kind Ansprüche nur nach Maßgabe des § 1602 Abs. 1 geltend machen.

[16] Nur für diese Zeit darf auf Zahlung der Rente erkannt werden. Die Klage auf künftige Entrichtung der erst nach Erlaß des Urtheils fällig werdenden Leistungen erklärt § 258 CPO. ausdrücklich für zulässig.

[17] Z. B. wenn der in Folge einer Krankheit bei Erlaß des Urtheils Erwerbsunfähige ganz oder theilweise erwerbsfähig wird. — Die Wittwe des Getödteten verliert den Anspruch auf Unterhalt nicht mit ihrer Wiederverheirathung (anders § 107 I, 6 ALR., vgl. Dernburg II § 391 II, 3, c, Oertmann Anm. 4 b *γ* zu § 844, Oertmann, die Vorteilsausgleichung S. 108 ff., S. 111, Koch Anm. 87 zu § 107 I, 6 ALR.; a. M. Ob.-Trib. Bd. 44 S. 12 ff.). Nach ROHG. Bd. 22 S. 347 ff., Bd. 24 S. 366 ff. (Haftpflichtgesetz) und Fischer-Henle Anm. 11 zu § 844 soll es darauf ankommen, ob in Folge der Wiederverheirathung der Wittwe thatsächlich das Bedürfniß des Unterhalts wegfalle oder sich mindere. Dies ist unzutreffend, weil die Unterhaltspflicht des getödteten Ehemannes von einer Bedürftigkeit der Frau nicht abhing (§ 1360 Abs. 1). Der Schade bleibt also bestehen, auch wenn die Wittwe einen Unterhaltsanspruch gegen einen Anderen erwirbt (vgl. auch § 843 Abs. 4).

[18] Auch in Ansehung der vorläufigen Vollstreckbarkeit des Urtheils, das die Verpflichtung zur Entrichtung der Rente ausspricht, stellt CPO. § 708 Nr. 6 den Anspruch aus § 844 dem Unterhaltsanspruche gleich.

ε) Wenn ein wichtiger Grund vorliegt, z. B. wenn der Ersatzpflichtige keine Sicherheit leisten kann, kann der Verletzte statt der Rente eine Kapitalabfindung verlangen[19]) (§§ 844 Abs. 2, 843 Abs. 3). Auch bei Festsetzung dieser ist die muthmaßliche Lebensdauer des Getödteten zu berücksichtigen.

c) Einen Anspruch auf Schadensersatz haben endlich diejenigen, welchen der Getödtete kraft Gesetzes zur Leistung von Diensten im Hauswesen oder Gewerbe verpflichtet war, z. B. der Ehemann bei Tödtung der Ehefrau nach Maßgabe des § 1356 Abs. 2, der Vater bei Tödtung des Kindes nach § 1617 (§ 845)[20]). Der Ersatz für die entgehenden Dienste ist auch hier durch Entrichtung einer Geldrente zu leisten, auf welche § 843 Abs. 2—4 gleichfalls Anwendung findet. Für die Höhe des Schadens kann der Lohn einen Anhaltspunkt geben, welcher dem an Stelle des Getödteten Angenommenen zu zahlen ist. § 845.

d) Für beide unter b und c erörterten Ansprüche gilt folgendes:

α) Wenn bei der Entstehung des Schadens, den der Dritte erleidet, ein Verschulden des Verletzten mitgewirkt hat, so findet auf den Anspruch des Dritten § 254 Anwendung (§ 846)[21]). § 846.

β) Die Ansprüche der mittelbar Geschädigten sind selbständige, sie beruhen nicht auf der Rechtsnachfolge nach dem Getödteten, sondern auf der Verletzung ihres eigenen Rechtes. Sie werden deshalb von einem Verzichte des Verletzten auf alle Entschädigungsansprüche oder von einem Vergleiche des Verletzten mit dem Thäter nicht berührt[22]).

e) Daß anderen mittelbar Geschädigten ein Schadensersatzanspruch nicht zusteht, folgt aus den allgemeinen Grundsätzen über die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen[23])[24]).

II. Auch der Anspruch auf Schadensersatz wegen Verletzung des Körpers oder der Gesundheit unterliegt grundsätzlich den allgemeinen Vorschriften über die Haftung aus unerlaubten Handlungen. Die Verpflichtung zum Ersatze der Kur- und Heilungskosten folgt aus § 823, ebenso der Anspruch auf Ersatz anderer durch die Verletzung verursachter Kosten (z. B. Anschaffung von Krücken, künstlichen Gliedern, Bruchbändern)[25]).

Sonderbestimmungen enthalten die §§ 842, 843, 845 und 847 über Umfang und Art des Schadensersatzes und über die zum Schadensersatze Berechtigten.

---

[19]) Es hängt nicht vom Ermessen des Gerichts ab, ob eine Rente oder eine Kapitalabfindung zugesprochen werden soll. Ohne entsprechenden Antrag kann auf Kapitalabfindung nicht erkannt werden.

[20]) Anders für das preußische Recht RG. Bd. 3 S. 319 ff., vgl. Bd. 39 S. 36.

[21]) Vgl. hierzu RG. Bd. 51 S. 275 ff., JW. 1902 Beil. 3 S. 212 Nr. 54, 1903 Beil. 10 S. 86 Nr. 198, Beil. 11 S. 102 Nr. 229. Dagegen kann sich gegenüber der Klage des Verletzten (z. B. eines minderjährigen Kindes) der Beklagte auf ein Verschulden eines Dritten (z. B. des aufsichtspflichtigen Vaters) nicht berufen. RG. Bd. 54 S. 410.

[22]) Ebenso RG. Bd. 1 S. 52, Dernburg II § 392 Anm. 12, Dernburg PP. II § 297 Anm. 10, Eccius II § 15 Anm. 7.

[23]) Vgl. insbesondere über den Anspruch des Versicherers bei Tödtung des Versicherten oben § 231 bei Anm. 28 S. 887 und Anm. 62 S. 893.

[24]) Die Vorschriften der §§ 842—846 finden entsprechende Anwendung beim Dienstvertrage, wenn der Tod des Verpflichteten durch Nichterfüllung der dem Dienstberechtigten in Ansehung des Lebens und der Gesundheit des Verpflichteten obliegenden Verpflichtungen verursacht ist. (§ 618 Abs. 3).

[25]) Der Anspruch auf Zahlung der erforderlichen Beträge kann erhoben werden, bevor die Kosten entstanden sind, da der Verletzte den zur Herstellung des früheren Zustandes „erforderlichen" Geldbetrag verlangen kann (§ 249 S. 2).

1. Ueber den Umfang des Schadensersatzes und die Art, wie er zu leisten ist, ist folgendes bestimmt:

§ 843. a) Wenn durch die Verletzung des Körpers oder der Gesundheit die Erwerbsfähigkeit des Verletzten aufgehoben oder gemindert ist oder wenn eine Vermehrung seiner Bedürfnisse eintritt (z. B. größere Pflege, jährliche Badereise), so ist ihm Schadensersatz durch Entrichtung einer Geld-Rente zu leisten (§ 843). Bei der Feststellung der Rente ist stets auch auf künftige Vortheile Rücksicht zu nehmen, deren Erlangung nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge oder nach den besonderen Umständen mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte (§ 252)[26]. Die Vermögensverhältnisse des Thäters sind auf die Höhe der Rente ohne Einfluß. — Die Rente kann nur für die Dauer der Erwerbsunfähigkeit, beziehungsweise der verminderten Erwerbsfähigkeit[27] oder der Vermehrung der Bedürfnisse verlangt werden. Wird die aufgehobene oder geminderte Erwerbsfähigkeit wiederhergestellt oder vergrößert oder fallen die erhöhten Bedürfnisse ganz oder theilweise fort oder tritt nachträglich eine völlige Aufhebung oder weitere Verminderung der Erwerbsfähigkeit oder eine weitere Vermehrung der Bedürfnisse ein, so kann eine entsprechende Abänderung der Rente verlangt werden und zwar, wenn die Rente durch Urtheil festgesetzt war, nach Maßgabe des § 324 CPO.[28]. Dadurch daß ein Anderer kraft Gesetzes oder Vertrags dem Verletzten Unterhalt zu gewähren hat, wird der Anspruch auf die Rente nicht ausgeschlossen (§ 843 Abs. 4)[29]. Im Uebrigen gilt auch für die Rente des § 843 das oben S. 922 ff. unter $\beta - \varepsilon$ Gesagte. Doch unterliegt der Anspruch auf die Rente aus § 843 — anders als im Falle des § 844 — nur insoweit nicht der Pfändung, als die Rente den Betrag von 1500 Mk. für das Jahr nicht übersteigt. (CPO. § 850 Abs. 3). Insoweit ist auch der Anspruch auf die Rente nicht übertragbar (§ 400) und ist eine Aufrechnung gegen ihn nicht zulässig (§ 394)[30].

§ 847. b) Im Falle der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit kann ausnahmsweise (§ 253) auch wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld verlangt werden (§ 847 Abs. 1 S. 1)[31]. Ein Beispiel bietet der Ersatz für erlittene Schmerzen

[26]) Wenn ein Beamter durch die Verletzung dienstuntauglich wird, so sind bei Festsetzung der Rente nicht nur seine gegenwärtigen Bezüge, sondern auch die zukünftigen Dienstalterszulagen zu berücksichtigen.

[27]) Ob und inwieweit die Erwerbsfähigkeit gemindert oder wiederhergestellt ist, wenn der Verletzte zwar nicht zu seiner früheren, aber zu einer anderen Beschäftigung im Stande ist, ist Frage des einzelnen Falles. Soweit die andere Beschäftigung den Fähigkeiten und Verhältnissen des Verletzten entspricht, muß er als erwerbsfähig gelten. Vgl. Dernburg BR. § 296 Anm. 14.

[28]) Siehe oben S. 922 unter *a*.

[29]) Einen neuen Vermögensposten, den der Verletzte gerade durch die Verletzung erwirbt, braucht er sich nicht anrechnen lassen (z. B. eine Versicherungssumme). So zutreffend Oertmann Anm. 5 zu § 843, Oertmann, die Vorteilsausgleichung S. 123 ff., 135.

[30]) Die vorläufige Vollstreckbarkeit des Urtheils, welches die Verpflichtung zur Entrichtung der Rente ausspricht, richtet sich auch hier nach CPO. § 708 Nr. 6.

[31]) Es ist irreführend, im Falle des § 847 (und § 842) von einer Ausdehnung der geschützten Rechtsgüter in dem Sinne zu sprechen, als ob eine Verletzung anderer als der durch die §§ 823—826 geschützten Rechtsgüter (siehe oben § 231 unter II, 3, S. 884 ff.) einen Schadensersatzanspruch begründen könnte (Endemann I § 201 unter 1, a, anscheinend auch Schollmeyer a. a. O. S. 114—115). §§ 847, 842 bestimmen nur den Umfang der Schadensersatzpflicht, falls eine unerlaubte Handlung im Sinne der §§ 823 ff. vorliegt. Die Verursachung von Ekel oder Kummer (Schollmeyer) verpflichtet nicht an sich zum Schadensersatze, sondern nur wenn sie Folge einer der im § 847 genannten unerlaubten Handlungen sind. Vgl. Planck Anm. 2a, Oertmann Anm. 2a und b zu § 847.

und für erlittene Verunstaltungen. Der Anspruch auf Schmerzensgeld ist weder auf Personen niederen Standes noch auf körperliche Schmerzen noch bezüglich des Betrags beschränkt[32]), hinsichtlich der Verunstaltung ist die Entschädigung von dem Nachweise der Erschwerung der Verheirathung oder des Fortkommens nicht unbedingt abhängig. Die Höhe der Entschädigung ist vom Gerichte nach freiem Ermessen als eine billige festzusetzen (§ 847 Abs. 1 S. 1, CPO. § 287)[33]). Voraussetzung des Anspruchs ist, daß ein (immaterieller) Schaden entstanden ist; es handelt sich nicht um eine Privatstrafe, sondern um Schadensersatz. — Der Anspruch aus § 847 ist nicht übertragbar[34]). Auf die Erben geht er nur dann über, wenn er beim Tode des Berechtigten durch Vertrag anerkannt oder bereits rechtshängig geworden war (§ 847 Abs. 1 S. 1)[35]).

§ 842. c) Nach § 842 sind bei einer gegen die Person gerichteten unerlaubten Handlung, also auch der Verletzung des Körpers und der Gesundheit, auch die Nachtheile zu ersetzen, welche die Handlung für den Erwerb oder das Fortkommen des Verletzten herbeiführt[36]).

§ 845. 2. Dritten mittelbar Geschädigten stehen Ansprüche auf Schadensersatz wegen Verletzung des Körpers oder der Gesundheit eines Anderen nicht zu[37]). Ausnahmsweise ist jedoch, wie bei der Tödtung, demjenigen ein Anspruch auf Schadensersatz durch Entrichtung einer Geldrente gewährt, welchem der Verletzte kraft Gesetzes zur Leistung von Diensten im Hauswesen oder Gewerbe verpflichtet war (§ 845)[38]). Für diesen Anspruch gilt das oben S. 923 ff. unter c und d Gesagte.

3. Unberührt sind die Vorschriften des § 231 StrGB. über die Buße bei Körperverletzungen geblieben (EG. Art. 32)[39]).

III. Der Schadensersatzanspruch wegen Ehrverletzung[40]) erstreckt sich auch auf die Nachtheile, welche die Ehrverletzung für den Erwerb oder das Fortkommen des Verletzten herbeiführt (§ 842)[41]).

Bei einem Verbrechen oder Vergehen wider die Sittlichkeit und bei einer unerlaubten Handlung nach § 825 steht der verletzten Frauens-

---

[32]) Vgl. § 123 ff. I, 6 ALR.

[33]) Vgl. RG. in der JW. 1902 Beil. 9 S. 247 No. 146.

[34]) Vgl. §§ 1069 Abs. 2, 1274 Abs. 2 BGB., § 851 CPO., § 394 BGB.

[35]) § 847 findet auch im Falle des § 833 Anwendung. RG. Bd. 50 S. 252 ff.

[36]) Die Bedeutung dieser Bestimmung ist nicht klar. Sie war von der zweiten Kommission (E. II § 765) insbesondere in Rücksicht auf die Sittlichkeitsverbrechen aufgenommen, bei denen es zu einer Beischlafsvollziehung nicht gekommen ist (vgl. E. II § 770 Abs. 2). Nachdem jedoch auch diese durch den Reichstag der Vorschrift des § 847 Abs. 2 unterstellt sind, hat § 842 für sie seine Bedeutung verloren. Die Nachtheile für den Erwerb des Verletzten sind stets Vermögensnachtheile, die ohnehin zu ersetzen sind. Das Gleiche wird bei den Nachtheilen für das Fortkommen in der Regel der Fall sein. Soweit dies nicht zutrifft, ist der immaterielle Schaden bei einer Verletzung des Körpers oder der Gesundheit, einer Freiheitsentziehung, einem Vergehen gegen die Sittlichkeit oder bei Verleitung zum Beischlafe nach § 847 zu ersetzen. Es würde für die Anwendung des § 842 nur noch der durch eine Ehrverletzung verursachte immaterielle Schaden für das Fortkommen übrig bleiben (z. B. Nichterlangung eines Ehrenamts in Folge übler Nachrede). Für diesen Fall ist aber eine Entschädigung in Geld nicht zugelassen (§ 253). Vergl. Planck Anm. 2, Oertmann Anm. 2 zu § 842.

[37]) Siehe oben S. 886 unter 4.

[38]) Anders für das preußische Recht RG. Bd. 39 S. 35 ff.

[39]) §§ 842, 843 (nicht § 847) gelten auch beim Dienstvertrage (§ 618 Abs. 3, siehe S. 923 Anm. 24).

[40]) Siehe oben § 231 unter II, 3, b, β S. 893.

[41]) Siehe Anm. 36.

person auch wegen eines immateriellen Schadens ein Anspruch auf billige Entschädigung in Geld zu (§ 847 Abs. 2)[42].

Die Vorschrift des § 188 Str.GB. über die Buße ist unberührt geblieben.

IV. Auch im Falle der Freiheitsverletzung[43]) erstreckt sich die Schadensersatzpflicht auf die Nachtheile für den Erwerb und das Fortkommen des Verletzten (§ 842)[41]). Dieser kann wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Geldentschädigung verlangen (§ 847 Abs. 1)[42]). Die mittelbar Beschädigten, denen der Verletzte kraft Gesetzes zur Leistung von Diensten im Hauswesen oder Gewerbe verpflichtet war, können Schadensersatz durch Entrichtung einer Geldrente beanspruchen (§ 845)[44]). Anderen nur mittelbar Geschädigten stehen Schadensersatzansprüche nicht zu, insbesondere auch denen nicht, welchen der der Freiheit Beraubte unterhaltspflichtig ist[45]).

V. Für den Schadensersatz bei Sachbeschädigungen gilt Folgendes:

1. Ist die Rückgabe der Sache durch die unerlaubte Handlung unmöglich geworden (ist sie z. B. verbrannt), so muß der Werth der Sache sowie jeder weitere durch deren Entziehung verursachte Schaden ersetzt werden (§ 251 Abs. 1).

2. Ist die entzogene Sache durch die unerlaubte Handlung nicht beschädigt, so geht der Schadensersatzanspruch auf Rückgabe der Sache (§ 249 S. 1) und Ersatz eines etwa weiter entstandenen Schadens (§ 251 Abs. 1). Der Beschädigte ist nicht berechtigt, die Rücknahme der Sache abzulehnen und statt dessen Werthersatz zu verlangen.

3. Ist die Sache durch die unerlaubte Handlung beschädigt, so ist es zunächst Thatfrage, ob in der Ausbesserung eine Herstellung des früheren Zustandes liegt (§ 249). Ist dies nicht der Fall, so ist die Herstellung unmöglich. Es ist dann der Werth der Sache zu ersetzen (§ 251). Ist die Herstellung möglich, so hat der Beschädiger die Ausbesserung zu bewirken oder auf Verlangen des Gläubigers den zu der Ausbesserung erforderlichen Geldbetrag zu zahlen (§ 249 S. 2) und außerdem den Gläubiger in Geld zu entschädigen, soweit die Ausbesserung zu dessen Entschädigung nicht genügend ist (§ 251), insbesondere, soweit die ausgebesserte Sache minderwerthig bleibt. Ein Wahlrecht zwischen Vergütung der Werthverminderung und Ersatz des vollen Werthes gegen Ueberlassung der Sache ist dem Beschädigten nicht gegeben[46]).

4. Wer Werthersatz zu leisten hat, hat stets den ganzen Werth der Sache zu ersetzen, auch den außerordentlichen, nicht aber den Werth der besonderen Vorliebe[47]).

---

[42]) Siehe oben unter II, 1, b, S. 924.

[43]) Siehe oben § 231 Anm. 48 S. 890 und BGB. § 823 Abs. 2.

[44]) Oben S. 923 unter c und d.

[45]) Anders E. I § 727 (vgl. § 136 I, 6 ALR). Eine dem § 844 Abs. 2 entsprechende Vorschrift ist für den Fall der Freiheitsverletzung nicht gegeben. Die Unterhaltsberechtigten können sich dadurch helfen, daß sie gegen den der Freiheit beraubten Verpflichteten oder seinen Pfleger (§ 1911) auf den Unterhalt klagen und auf Grund des Urtheils den Anspruch des Verpflichteten gegen den Thäter pfänden und sich überweisen lassen (Prot. II S. 630 ff.).

[46]) Vgl. oben § 75, insbesondere Anm. 8 S. 299. — Wenn A. fahrlässiger Weise mit seiner Zigarre in den Rock des B. ein kleines Loch brennt, das vom Kunststopfer gestopft werden kann, so kann B. von A. nur Erstattung der Kosten und Ersatz des Minderwerths des Rockes verlangen. Ist der Rock so beschädigt, daß ein großer Flicken an einer sichtbaren Stelle eingesetzt werden müßte, so kann B. den Werth des Rockes ersetzt verlangen.

[47]) Anders §§ 85 ff. I, 6 ALR. Siehe oben § 75 unter 2 S. 299 und über die Ermittelung des Werthes oben § 28 unter 4 S. 123. Vgl. jedoch Oertmann, die Vorteilsausgleichung, S. 315 ff.

Welche Zeit der Feststellung des Werthes zu Grunde zu legen ist, ist eine Frage des Umfanges des verursachten Schadens. Es kann die Zeit der Begehung der unerlaubten Handlung, der Entziehung der Sache oder auch eine spätere Zeit[48]) in Betracht kommen. Der Beschädigte hat im einzelnen Falle darzuthun, daß sein Schaden gerade in der Entziehung des Werthes der Sache zu der von ihm angenommenen Zeit besteht. Im allgemeinen wird anzunehmen sein, daß der Schaden **mindestens** dem Werthe der Sache zur Zeit der Entziehung entspricht.

5. Wenn wegen der Entziehung oder Beschädigung einer Sache Schadensersatz in Geld zu leisten ist, so **kann** der Verletzte **Zinsen** des zu ersetzenden Betrags von dem Zeitpunkt an verlangen, welcher der Bestimmung des Werthes zu Grunde gelegt wird[49]) (§ 849, vgl. § 290). Er kann auch **statt der Zinsen** Schadensersatz wegen der ihm entgangenen Nutzungen verlangen, nicht aber für dieselbe Zeit beides zugleich. § 849.

6. **Der zur Rückgabe Verpflichtete haftet auch für den zufälligen Untergang**, eine anderweitige zufällige Unmöglichkeit der Herausgabe und die zufällige Verschlechterung der Sache. Von dieser Haftung kann er sich durch den Nachweis befreien, daß der Untergang, die anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe oder die Verschlechterung auch ohne die Entziehung eingetreten sein würde (§ 848, vgl. § 287)[50]). § 848.

Hat der zur Herausgabe der Sache Verpflichtete **Verwendungen** auf die Sache gemacht, so stehen ihm gegenüber dem Verletzten die Rechte zu, die der Besitzer dem Eigenthümer gegenüber hat (§ 850, vgl. §§ 994 ff.). Ein **Zurückbehaltungsrecht** steht ihm wegen Verwendungen nicht zu, wenn er die Sache durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat (§ 273 Abs. 2). § 850.

7. **Der Besitzer der Sache zur Zeit der Entziehung oder Beschädigung gilt als zur Annahme der Ersatzleistung legitimiert.** Leistet der Verpflichtete den Ersatz an ihn, so wird er auch dann befreit, wenn ein Dritter Eigenthümer der Sache war oder ein anderes dingliches Recht an der Sache hatte. Die Befreiung tritt nicht ein, wenn der Verpflichtete das Recht des Dritten kannte oder in Folge grober Fahrlässigkeit nicht kannte (§ 851, vgl. §§ 1006, 932 Abs. 1, 1248). § 851.

8. Der **Ort**, an dem der Ersatzpflichtige Ersatz zu leisten hat, bestimmt sich nach den §§ 269, 270[51]). Soweit die Rückgabe der Sache in Frage steht,

---

[48]) Wer den Werth zur Zeit der Klagerhebung oder den höchsten Werth zwischen Schadenszufügung und Klagerhebung fordert, muß darthun, daß er die Sache ohne die Entziehung bis zu dem in Frage kommenden Zeitpunkte behalten hätte. — Die Zeit der Entziehung fällt mit der Zeit der Begehung der unerlaubten Handlung nicht unbedingt zusammen, z. B. wenn ein fehlerhafter Bau erst später einstürzt und andere Sachen beschädigt (M. II S. 740).

[49]) Siehe im Texte unter 4. Wenn ein Thier, das im Januar verletzt ist, im Juni in Folge der Verletzung stirbt und der Eigenthümer Ersatz des Werthes verlangt, den das Thier im Juni gehabt hat, so kann er erst von da an, nicht vom Januar, Zinsen beanspruchen.

[50]) Es genügt der Nachweis, daß **irgend ein Zufall** den gleichen Schaden beim Beschädigten verursacht haben würde; nicht erforderlich ist, daß **derselbe Zufall**, der die Sache beim Beschädiger getroffen hat, auch beim Beschädigten den Schaden verursacht hätte. Wenn A. aus der Scheune des B. einen Sack Getreide stiehlt und in derselben Nacht die Scheune mit ihrem ganzen Inhalt in Folge einer Ueberschwemmung fortgerissen wird, während das gestohlene Getreide bei A. zufällig verbrennt, so steht B. gegen A. ein Anspruch auf Ersatz des Werthes der gestohlenen Sache nicht zu. Siehe auch oben § 87 unter 4 S. 344.

[51]) Siehe oben § 80 S. 311 ff.

wird die Natur des Schuldverhältnisses (die Verpflichtung zur Herstellung des früheren Zustandes) regelmäßig ergeben, daß die Leistung an dem Orte zu erfolgen hat, an dem sich die Sache vor der Entziehung gewöhnlich befunden hat.

§ 239. Verjährung.

§ 852. 1. Die Verjährungsfrist für den Anspruch auf Ersatz des aus einer unerlaubten Handlung entstandenen Schadens ist auf 3 Jahre festgesetzt (§ 852 Abs. 1). Die Verjährung beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Verletzte von dem Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen Kenntniß erlangt [1]) (Abweichung vom § 198 zu Gunsten des Berechtigten). Erst wenn beides zusammentrifft, kann die Verjährung beginnen. Das Erforderniß der Kenntniß bezieht sich auch auf den Umfang des Schadens. Die Verjährung beginnt nur in Ansehung des Schadens, von dem der Verletzte Kenntniß erlangt. Erfährt er später von einem weiteren Schaden, so beginnt bezüglich des letzteren die Verjährung erst mit der späteren Kenntnißnahme [2]).

Ohne Rücksicht auf die Kenntniß von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen verjährt der Schadensersatzanspruch aus einer unerlaubten Handlung in 30 Jahren von der Begehung der Handlung an. (§ 852 Abs. 1, ähnlich § 2332 Abs. 1; Abweichung vom § 198 zu Gunsten des Verpflichteten in dem Falle, in dem die Beschädigung nicht mit der unerlaubten Handlung zusammen fällt.)

2. Die Wirkung der Verjährung besteht darin, daß der Beschädiger berechtigt ist, die Leistung des Schadensersatzes zu verweigern (§ 222 Abs. 1). Dagegen bleibt der Anspruch aus einer etwaigen Bereicherung des Beschädigers unberührt. Hat der Ersatzpflichtige durch die unerlaubte Handlung auf Kosten des Verletzten etwas erlangt, so ist er auch nach Vollendung der Verjährung des Schadensersatzanspruchs zur Herausgabe nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet (§ 852 Abs. 2). Dieser Anspruch unterliegt der dreißigjährigen Verjährung (§ 195) [3]).

§ 853. 3. Unverjährbar ist die Einrede gegen eine durch eine unerlaubte Handlung erlangte Forderung an den Verletzten. Dieser kann die Erfüllung auch dann verweigern, wenn der Anspruch auf Aufhebung der Forderung [4]) verjährt ist (§ 853, vergl. § 821). Macht der Verletzte von diesem Rechte Gebrauch, so wird damit, falls ein gegenseitiger Vertrag vorliegt, auch sein Anspruch auf die Gegenleistung hinfällig. Soweit er sie bereits empfangen hat, ist er zur Rückgabe verpflichtet (§ 812) [5]).

4. Die dreijährige Verjährung des § 852 findet nur Anwendung auf Schadensersatzansprüche aus unerlaubten Handlungen, nicht auch auf außer-

---

[1]) Fahrlässige Unkenntniß steht der Kenntniß nicht gleich.

[2]) M. II S. 742. (A. M. Oertmann Anm. 1, b zu § 852.) Hierdurch sind die Zweifel, welche für das Preußische Recht bestanden, in einfacher und praktischer Weise beseitigt (vgl. Ob. Trib. Bd. 13 S. 19, Strieth. Arch. Bd. 92 S. 258, ROHG. Bd. 16 S. 178, Dernburg PP. I § 171 Anm. 2, Eccius I § 57 Anm. 30b).

[3]) z. B. der Anspruch gegen den Dieb auf Herausgabe der gestohlenen Sache oder auf Werthersatz (§ 818). Die dreißigjährige Verjährung des § 852 Abs. 2 fällt nicht unbedingt mit der des Abs. 1 zusammen. Letztere beginnt mit der Begehung der Handlung, erstere mit der Erlangung der Bereicherung (§ 198).

[4]) Der Anspruch auf Aufhebung der Forderung ist der Anspruch auf Schadensersatz (§ 249 S. 1).

[5]) Vgl. RG. Bd. 26 S. 187.

kontraktliche Schadensersatzansprüche aus erlaubten Handlungen. Die letzteren unterliegen, soweit nicht Sonderbestimmungen gegeben sind, der regelmäßigen dreißigjährigen Verjährung (§ 195)[6].

[6]) Ob ein Anspruch aus einer unerlaubten oder einer erlaubten Handlung herrührt, kann im einzelnen Falle zweifelhaft sein, vgl. hierüber oben § 231 Anm. 2 S. 881. Die Ansprüche aus den §§ 823 ff. verjähren sämmtlich in drei Jahren, auch wenn sie von einem Verschulden des Beschädigers unabhängig sind (vgl. KB. zu § 836 E. IV). Dagegen verjähren z. B. die nicht auf einem Verschulden beruhenden Schadensersatzansprüche aus der Vollstreckung eines vorläufig vollstreckbaren Urtheils, eines vollstreckbaren Zwischenurtheils, aus der Vollziehung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung (siehe oben § 237 unter III S. 918 ff.) als Ansprüche aus erlaubten Handlungen in 30 Jahren. (Vgl. auch Dernburg II § 395 VII.) Das Gleiche gilt von dem Anspruch aus §§ 228 S. 2, 904 S. 2 (siehe auch oben § 68 unter II, 4 S. 281). Ueber die Verjährung des Anspruchs aus einer culpa in contrahendo siehe § 92 unter II, 5 S. 357.

A. Gesetzesregister.

I.

Einführungsgesetz zum BGB.

II.

Bürgerliches Gesetzbuch.

Seite

III.

Preußisches Ausführungsgesetz zum BGB.

IV.

Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898 in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898.

V.

Einführungsgesetz zum HGB.

VI.

HGB. vom 10. Mai 1897.

VII.

Allgemeine Deutsche Wechsel-Ordnung.

VIII.

Börsengesetz v. 22. Juni 1896.

IX.

Konkursordnung v. 10. 2. 1877 in der Fassung des Gesetzes vom 17. 5. 1898.

X.

Civilprozessordnung.

XI.

Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung vom 24. 3. 1897 nach der Bekanntmachung vom 20. 5. 1898.

B. Sachregister.

A.

B.

C.

D.

G.

H.

N.

T.

U.

W.

Er [illegible]
5/12/28

Druck von Albert Koenig in Guben.

Jahrbuch des Deutschen Rechtes.

Unter Mitwirkung zahlreicher und namhafter Juristen

herausgegeben von

Dr. Hugo Neumann,

Rechtsanwalt am Kammergericht zu Berlin.

1. Jahrgang

(die Zeit bis Ende 1902 umfassend).

1903. **Erste bis fünfte Lieferung.** Geheftet M. 6,25.

Das Jahrbuch des Deutschen Rechtes, seit mehreren Jahren geplant und vorbereitet, bezweckt fortlaufend eine Uebersicht über die Rechtsentwickelung zu geben, welche die der Privatrechtspflege dienenden Materien des Reichsrechts, insbesondere also **des Bürgerlichen Gesetzbuchs, des Handelsgesetzbuchs, der Wechselordnung, der Zivilprozeßordnung, des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, der Konkursordnung, der Grundbuchordnung, des Zwangsvollstreckungsgesetzes, des Patentgesetzes, der Kostengesetze** u. s. w. u. s. w. gefunden haben. Das Jahrbuch unterscheidet sich von anderen Unternehmungen in folgenden Punkten:

Die Literatur wird nicht nur durch Angabe der Titel, sondern des Inhalts — in der Legalordnung — verarbeitet.

Die Rechtsprechung wird nicht kritiklos in einer die Praxis mehr verwirrenden als fördernden Weise, sondern derart berücksichtigt, daß über die reichsgerichtliche Judikatur möglichst vollständig, über die Judikatur der Oberlandesgerichte unter Ausscheidung des minder Wesentlichen und über die sonstige Judikatur unter Auswahl des Wesentlichsten berichtet wird.

Die wissenschaftliche Durchdringung des gewaltigen Stoffes ist einem Einzelnen schlechthin unmöglich, aber durch Theilung der Arbeit und Heranziehung besonders berufener Kräfte erstrebt und erreicht worden.

Das Jahrbuch hat bereits in weiten und hervorragenden Kreisen der juristischen Schriftsteller werkthätige Freunde gefunden, die durch Erstattung von Berichten über die eigenen Arbeiten das Werk gefördert und unterstützt haben.

Die Namen des Herausgebers und seiner Mitarbeiter verbürgen die wissenschaftliche und zugleich praktische Ausgestaltung des Unternehmens. Somit wird das Jahrbuch sachlich und zeitlich eine fortlaufende Ergänzung und Vervollständigung jedweden Kommentarwerks bieten und für Rechtswissenschaft und Rechtsanwendung sich als unentbehrliches Hilfsmittel erweisen.

Der **Ladenpreis** für den ersten Jahrgang, dessen Umfang voraussichtlich 100 Druckbogen à 16 Seiten nicht übersteigen wird, wird auf **25 Pf.** pro Druckbogen festgesetzt. Für die späteren Jahrgänge ist ein Ladenpreis von nicht über **10 M.** in Aussicht genommen.

Die niedrige Bemessung des Preises wird die Verbreitung des Jahrbuchs in den weitesten Kreisen der deutschen Juristen ermöglichen.

Handwörterbuch zum Bürgerlichen Gesetzbuche

von

Heinrich Bernhardi,

Landgerichts-Präsidenten in Marburg a. L.

Dritte, durch Bezugnahme auf die Nebengesetze, die Literatur, die Entscheidungen des Reichsgerichts und die preußischen Ausführungsbestimmungen vermehrte Auflage.

1902. Geheftet M. 6,50. Gebunden M. 7,50.

Das Buch bietet ein eingehendes Sachregister, das dazu dient, aus **sämmtlichen** bisherigen Rechtsgebieten in das BGB. hinüberzuführen. **Dasselbe** enthält deshalb alle Schlagwörter des bisheriges Rechtes.

... „Das Wörterbuch ist zur Zeit das unleugbar beste **Orientierungsmittel.**" (Jurist. Literaturblatt v. 1. Oktob. 1902.)

Rechtsfälle

zum

Bürgerlichen Gesetzbuch.

Von

Dr. Eugen Josef,

Notar a. D. in Freiburg i. Br.

Zweite auf Grund der neuen Rechtsprechung und Literatur vermehrte und verbesserte Auflage.

1902. Kartonnirt M. 2,50.

— „Das sehr inhaltreiche Buch kann ich allen empfehlen, **welche** sich im B.G.B. orientiren, es verstehen und die Bestimmungen im **Gedächtnisse** behalten wollen." (Das Recht. I. Jahrg. Nr. 6.)

— „Das Buch ist von nicht zu unterschätzendem praktischen **Werthe**, und zwar nicht nur für junge Juristen, sondern ... auch für **gelbte** Praktiker." (Mecklbg. Zeitschrift f. Rechtspflege Bd. 16, Heft 1/2.)

Das Handelsgesetzbuch

vom 10. Mai 1897

erläutert von

S. Goldmann,

Justizrath, Rechtsanwalt am Landgericht I in Berlin und Notar.

Erster Band. (I Buch. Handelsstand.)

1901. Geheftet M. 9,—. Gebunden M. 11,—.

Zweiter Band. Liefg. 1 bis 4. 1902/03. Geh. M. 7,80.

— „Wir können unser Urtheil über die vorliegende Arbeit dahin **zusammenfassen**, daß der Verf. **mit Fleiß und anerkennenswerthem Geschick eine wohldurchdachte, klar verständliche und praktisch verwendbare Erläuterung des Gesetzes** geliefert hat, die namentlich den Zusammenhang mit dem bürgerlichen **Rechte** **wahrt** und ein selbständiges und gesundes Urtheil erkennen läßt."
Kammergerichtsrath Dr. Schück (Centralblatt f. Rechtswissenschaft Bd. 19 Heft ...).

Verlag von Franz Vahlen in Berlin W. 8.

Druck von Albert Koenig in Guben.







